Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußiſchen Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Fünften Theils erſte Abtheilung.

BIBLIOTHECA BAMBERGENSIS

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1798.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Lib. II. Tit. XV.

De Transactionibus.

§. 345.

Begriff eines Transacts. Iſt der Vergleich ein bloſer Vertrag, oder ein Contract?

Eine Art von Verträgen ſind die Vergleiche oder Transacte, welche auch gütliche Verträge genennt werden. Daher haben die Verfaſſer der Pandecten dieſe Materie mit der Lehre von Verträgen verbunden. Es iſt auch ſehr wahrſcheinlich, daß der Prätor in ſeinem Edicte de pactis zugleich von Transactionen gehandelt habe. Noodt [1]) hat dieß wenigſtens ganz überzeugend dargethan.

1) In lib. ſing. ad edictum praetoris de pactis et transactionibus Cap. 3. Auſſer Noodt iſt die Lehre von Transacten von mehreren Rechtsgelehrten bearbeitet worden. Unter den ältern zeichnen ſich *Em. Rom.* VALERONIUS, *Ioſ.* URCEOLUS, und *Arn.* VINNIUS aus, deren Tractatus de Transactionibus auch LIPENIUS in Biblioth. reali iurid. ſub v. *Transactio* anführt. Unter den neuern ſind zu empfehlen: GUNDLING D. ſingularia de transactionum ſtabilitate et inſtabilitate capita contin. *Halae* 1719. rec, 1757. *Franc.* ALEF Diſſ. de transactione. *Heidelbergae* 1738. (in EIUS *diebus academ.* ſ. *Opuſcul.* Diſput. IX. p. 275. ſqq.) und Lebrecht Auguſt Renthe Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Roſtock und Leipzig 1789. 8. Die Geſetze dieſes Titels der Pandecten erläutern CUJACIUS, FERRETUS, (in *Operib.*) WAECHTLER,

gethan. Unter einem **Vergleiche** verſteht man gewöhnlich einen ſolchen Vertrag, wodurch ein entweder ſchon wirklich entſtandener oder auch nur bevorſtehender Rechtsſtreit unter den Partheyen dadurch beygelegt oder verhütet wird, daß beyde Theile etwas von ihren Forderungen nachlaſſen. Dieſen Begriff nimmt auch unſer Verfaſſer an. Allein daß ſelbiger viel zu eingeſchränkt beſtimmt werde, läßt ſich leicht erweiſen. Zwar iſt es immer eine weſentliche Eigenſchaft des Vergleichs, daß die Sache oder Forderung **ungewiß** und **zweifelhaft** ſeyn müſſe, worüber tranſigirt wird [2]); und es iſt auch wohl nicht zu läugnen, daß ein Vergleich gewöhnlich in der Abſicht geſchloſſen wird, um entweder einen bereits entſtandenen Rechtsſtreit aufzuheben, oder einem noch bevorſtehenden vorzubeugen. Allein daß ſich dennoch auch ein Vergleich ganz ohne dieſe Abſicht in einem ſolchen Falle gedenken laſſe, wo noch zur Zeit nicht einmal ein Proceß befürchtet wird, hat ſchon **Voet** [3]) bemerkt. Die Geſetze ſelbſt geben uns davon verſchiedene Beyſpiele. So kann ja einmal mein Recht oder meine Forderung noch von der Exiſtenz einer zufälligen Bedingung abhängen. Z. B. es iſt mir eine Erbſchaft unter der Bedingung, wenn der directe Erbe ohne Kinder verſterben würde, als ein Fideicommiß vermacht worden.

Hier

LER, (in *Opuſcul. a* TROTZ *edit.* pag. 710. ſqq.) und POTHIER (in *Pand*e*ct. Iuſtin.*) die Geſetze des Tit. Cod. de Transact. aber CUJACIUS Recitat. ad Tit. Cod. de transact. und *Franc.* HOTTOMANNUS in Commentar. in Tit. Cod. de pactis et transactionibus.

2) *L.* 1. *D. h. t.* Qui tranſigit, quaſi *de re dubia,* et *lite incerta,* neque finita, tranſigit.

3) In Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

Hier findet ob eventum conditionis incertum allerdings ein Vergleich ſtatt [4]). Man ſetze ferner, meine Forderung hänge von der ungewiſſen Dauer meines Lebens ab; in dieſer Hinſicht kann z. B. über lebenslänglich abzureichenden Alimente, worüber unter den Partheyen gar kein Streit iſt, ein Vergleich geſchloſſen werden [5]). Ein Vergleich oder Transact iſt alſo vielmehr ein ſolcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich ſtreitig: oder auch nur ſonſt zweifelhaft geweſenes und ungewiſſes Recht dergeſtalt beſtimmen, daß wechſelſeitig etwas gegeben, oder nachgelaſſen, oder verſprochen wird [6]); oder wie Anton Schulting [7]) ſagt: *Transactio* eſt conventio, qua res dubia vel controverſa, aliquo dato, retento, vel promiſſo, terminatur. Es erhellet hieraus, 1) daß ein Vergleich in einer zweyfachen Rückſicht geſchloſſen werden könne; entweder a) wegen des ungewiſſen Ausganges eines bereits entſtandenen oder auch nur zu befürchtenden Proceſſes; oder b) wegen der Ungewißheit der Präſtation ſelbſt,

 ohne

4) *L.* 1. *L.* 16. *Cod. de pactis.* Man ſehe NOODT de pactis et transact. Cap. 3. §. *Idem eſſe* etc. (*Oper.* Tom. I. pag. 493.) und *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſſ. de transactione ſuper fideicommiſſo, inter perſonas ad illud vocatas. (in EIUSDEM Diſſertation. academicar. Volum. II. Nr. LIV. pag. 271. ſeqq.)

5) *L.* 8. *D. de Transact.*

6) Ueber den Begriff eines Vergleichs ſehe man WOLTAER Obſervat. iuris civ. et Brandenburg. Faſcic. I. Obſervat. 20. und *Matth. de* LUTZENBERGER Diſſ. exhib. transactionis notionem, eamque ineundi modos ex iuris Rom. principiis, praeſide *Chriſt.* GMELIN def. *Tubingae* 1795. 4.

7) in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 2.

ohne einige Beziehung auf Proceß [8]). 2) Der Zweck eines Transacts iſt, daß das ungewiſſe Recht gewiß gemacht, alſo der Streit entſchieden, oder ein Proceß verhütet, oder ſonſt die Ungewißheit einer Forderung gehoben werde; und zwar 3) dadurch, daß gegenſeitig etwas gegeben oder erlaſſen, oder verſprochen wird; denn ohnedieß iſt kein eigentlicher Vergleich denkbar [9]). Zuweilen nehmen zwar die Geſetze das Wort *Transactio* in einer ſo weitläuftigen Bedeutung, daß darunter jede Uebereinkunft der Partheyen, welche auf die Beylegung oder Entſcheidung eines Rechtsſtreits abzweckt, verſtanden wird. In dieſer Bedeutung wird daher auch die Eidesdelation, ferner das Compromiß, wodurch die Partheyen ſich vereinigen, einen Schiedsrichter in ihrer Sache zu beſtellen, als eine Art von Transact angeſehen [10]). Es ſind indeſſen beyde Geſchäfte von einem eigentlichen Transact doch immer darin weſentlich unterſchieden, daß hier zur Entſcheidung des Rechtsſtreits von den Partheyen gegenſeitig weder etwas gegeben, noch nachgelaſſen, noch verſprochen wird.

Uebrigens iſt es unter den Rechtsgelehrten ſtreitig, ob die Transaction nach dem römiſchen Rechte ein bloſer Vertrag, oder ein Contract ſey [11])? An ſich betrachtet, war

8) *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 2. §. *Quaeri autem* (in *Theſ. Meermannian.* T. IV. pag. 10.)

9) *L.* 38. *Cod. h. t.* Transactio, nullo dato, vel retento, ſeu promiſſo, minime procedit.

10) *L.* 2. *D. de iureiur.* *L.* 31. *in fin. D. eodem.*

11) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. *Pet.* BELLOIUS varior. iur. civ. Lib. I. cap. 4. (in *Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 676.) FACHINAEUS Lib. I. controverſiar. iur. civ.

wär wohl freylich der Transact nur ein bloſer Vertrag; er konnte indeſſen doch auch in der Form einer Stipulation, oder als ein unbenannter Contract geſchloſſen, und in dem erſtern Falle die actio ex ſtipulatu [12]), in dem zweyten aber die actio praeſcriptis verbis angeſtellt werden, wenn nämlich einer von den Tranſigenten ſeiner Seits den Vergleich bereits erfüllt hatte [13]). Nur fand die ſonſt bey unbenannten Contracten zuläſſige Reue alsdann keine Statt, wenn der Vergleich die Abſicht hatte, einen Rechtsſtreit aufzuheben, oder einem Rechtsſtreite vorzubeugen [14]). Auſſerdem wurde der

civ. cap. 10. CORASIUS Miſcellaneor. Lib. I. cap. 23. *Ioſ. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 21. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 101.) beſonders *de* LUTZENBERGER cit. Diſſ. §. 2.

12) *L. 6. Cod. h. t. L. 33. Cod. eodem.*

13) *LL. cit. 6. et 33. C. h. t. de* RETES cit. loc. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 8. nr. 7. et 8. NOODT de pactis et transactionib. Cap. XIV. §. 4. et 5. (*Oper.* Tom. I. pag. 525. ſeq.) VOET in Comm. h. t. §. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 3. et 30. Die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche, wie MADIHN in Princip. iur. Rom. P. II. §. 242. die Transaction für einen prätoriſchen Vertrag, oder, wie WOLTAER c. l. pag. 114. dieſelbe ſogar für einen Quaſi-Contract halten wollen, läßt ſich alſo wohl ſchwerlich vertheidigen.

14) *L. 39. Cod. h. t. L. 1. Cod. fam. erciſc. L. 6. Cod. de iuris et facti ignor. L. 65. §. 1. D. de condict. indeb.* Cauſas enim transactionibus legitimis ſemel finitas, ne imperiali quidem reſcripto reſuſcitari oportet. *L. 16. Cod. h. t. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 10. et 11. et Sect. III. Cap. I. nr. 6. Zwar iſt *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Quaeſt. 15. anderer Meinung; allein ich kann ihm nur in dem

Vergleich als ein bloſer Vertrag angeſehen, welcher an ſich nach dem römiſchen Rechte nur eine Exception gab, wenn demſelben zuwider etwas verlangt wurde, aber keine Klage begründete, womit man direct auf die Erfüllung des Vergleichs hätte dringen können [15]. Daß jedoch nach heutigen Rechten jeder Vergleich, wenn er nur ſonſt auf eine rechtsgültige Art iſt eingegangen worden, eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt, iſt nach dem Zeugniß der berühmteſten practiſchen Rechtsgelehrten auſſer allem Zweifel [16].

§. 346.

In wiefern iſt die Scriptur beym Transact nöthig? Zeit des Vergleichs? Betrug hindert den Transact.

Ein Vergleich erfordert nun, wie jeder andere Vertrag, die Einwilligung der Partheyen. Iſt dieſe auf eine rechtsverbindliche Art erklärt worden, ſo beſteht der Vergleich, ohne daß die Partheyen darüber etwas ſchriftlich aufgeſetzt haben [17]. Geſchiehet es dennoch, ſo dient ein ſolcher

Falle Recht geben, wenn von einem ſolchen Vergleiche die Rede iſt, welcher ohne Beziehung auf einen Rechtsſtreit, z. B. ob incertum ſideicommiſſi eventum, geſchloſſen worden; wie auch HARPPRECHT in Diſſ. cit. de transactione ſuper fideicommiſſo inter perſonas ad illud vocatas §. 31. ſehr richtig bemerkt hat. Man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. k. pag. 280.

15) *L. 21. Cod. de pactis. L. 28. Cod. de transact.* NOODT de pact. et transact. Cap. 14. §. 2. et 3.

16) *Io.* SCHILTERI praxis iuris Rom. Exercit. IX. §. 3. in fin. und *Sam.* STRYK Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 2.

17) *L. 5. Cod. h t.* Licet nullum inſtrumentum interceſſerit; tamen, ſi de fide contractus conſtet, ſcriptura, quae probationem

cher ſchriftlicher Aufſatz insgemein nur zum Beweis; vorausgeſetzt, daß deutlich daraus zu erſehen iſt, worüber und auf welche Art ſich die Partheyen eigentlich verglichen haben [18]). Zur Gültigkeit eines Transacts iſt alſo die Scriptur nicht nöthig, wofern nicht etwa die Partheyen unter ſich ausgemacht haben, daß ſie einen ſchriftlichen Vergleich errichten wollen, welches im Zweifel nicht vermuthet wird, ſondern jederzeit von dem erwieſen werden muß, welcher behauptet, daß die Gültigkeit des Vergleichs von dem ſchriftlichen Aufſatze abhängig ſey [19]). So wenig nun die Zeit an ſich auf die Gültigkeit des Vergleichs Einfluß hat, ſo daß ein Transact eben ſo gültig zur Nachtzeit [20]),

nem rei geſtae continere ſolet, neceſſaria non eſt. *L.* 28. *C. eodem.* Sive apud acta, ſive ſine actis, ſcriptura intercedente vel non, transactio interpoſita eſt; hanc ſervari convenit.

18) *L.* 38. *C. h. t.* GAIL Obſervat. pract. Lib. II. Obſ. 13. nr. 7. et Obſ. 71. nr. 3. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin.

19) Renthe in dem angef. Verſuche §. 12. S. 18.

20) *L.* 20. *Cod. de tranſact.* wo die Kr. Diocletian und Maximian an eine gewiſſe Antiſtia folgendermaßen reſcribiren: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum eſſe, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, cuſtodiri. Nec enim ad reſcindendum pactum ſufficit, quod hoc *ſecunda hora noctis* interceſſiſſe proponas: *cum nullum tempus ſanae mentis maioris viginti quinque annis conſenſum repudiet.* Vielleicht hatte die Verordnung der 12. Tafel Geſetze: Sol occaſus ſuprema tempeſtas eſto; der Antiſtia zum Vorwand gedient, um den zur Nachtzeit geſchloſſenen Transact als ungültig anzufechten, oder daß es damalen überhaupt nicht erlaubt geweſen, nächtliche Zuſammenkünfte zu halten? Der eigentliche

als an Sonn- und Feſttagen geſchloſſen werden kann [21]); ſo iſt doch übrigens die Einwilligung bey Schlieſſung eines Vergleichs von ſo groſſer Wichtigkeit, daß alles, was den Conſens hindert, auch der Gültigkeit des Transacts im Wege ſteht. Hieraus folgt, daß ein Vergleich ungültig iſt, wozu ein Theil den andern durch Betrug verleitet hat [22]). Zwar mußte der Betrogene nach dem röm. Rechte actione doli die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen, wenn der Vergleich mittelſt einer Stipulation war eingegangen worden, wofern ſich der Betrogene nicht mit der Clauſel: dolum malum abſuturum, ausdrücklich vorgeſehen hatte [23]). Allein da dieſes bloß auf die Grundſätze des röm. Rechts von ſtricti iuris Contracten ſeine Beziehung hat, welche h. z. T. keine Anwendung mehr finden, ſo iſt nach heutigem Rechte ein ſolcher Vergleich ipſo iure nichtig, wozu der Betrug des andern Theils die Veranlaſſung gegeben, dahingegen ein dolus incidens den Transact nicht ſchlechterdings aufhebt. Ueberhaupt treten hier die nämlichen Grundſätze ein, die ſchon oben (§. 296.) von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen ſind vorgetragen

che Grund, aus welchem der Vergleich angefochten wurde, läßt ſich nicht errathen. Man ſehe übrigens *H. van* IDSINGA Varior. iuris civ. Cap. 9. PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. lib. II. cap. 4. und *Mich. Frid.* ABEL Obſervat. iuris. (*Wirceb.* 1788.) Obſ. 2.

21) *L. fin. Cod. de feriis.*

22) *L. 9. §. 2. D. de Transact. Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 15. *Chriſt. Henr.* BREUNING Diſſ. iur. civ. de cauſa doli in transactione. *Lipſiae* 1755. Cap. IV.

23) *L. 4. L. 19. Cod. h. t. God. Lud.* MENCKEN D. de transactione ex falſa cauſa. *Vitemb.* 1717. §. 20. ſeqq.

gen worden. Iſt ein Vergleich durch falſche Urkunden veranlaßt worden, ſo wußte entweder der Producent, daß ſie untergeſchoben ſind, oder er wußte es nicht, ſondern hielt ſie, ſo wie der andere Tranſigent, für ächt. In beyden Fällen iſt der Transact ungültig, und er kann in dem erſten Falle ex cauſa doli, in dem andern aber ex cauſa iuſti erroris angefochten werden, wenn gleich die Aufrechthaltung deſſelben eidlich wäre zugeſagt worden [24]).

§. 347.

Zwang findet beym Transact der Regel nach nicht ſtatt. Kann der Richter eine Parthey zum Vergleich nöthigen?

Eben ſo gewiß iſt es auch, das Furcht und Zwang einen Vergleich, wie jeden andern Vertrag, ungültig macht [25]). Auch ſelbſt kein Richter hat der Regel nach das Recht, eine ſtreitende Parthey zur Annehmung der Vergleichsvorſchläge zu zwingen, welche der Gegentheil oder er ſelbſt ihr gethan hat [26]). Der Richter iſt zwar aller-

24) *L.* 42. *Cod. h. t.* DONELLUS in Commentar. ad h. L.

25) Daß jedoch nicht jede Furcht hinreichend ſey, einen Vergleich als ungültig anzufechten, lehrt *L.* 13. *Cod. de Transact.* wo es heißt: Interpoſitas metus cauſa transactiones ratas non haberi, Edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad reſcindendum ea, quae conſenſu terminata ſunt, ſufficit; ſed *talem metum probari oportet, qui ſalutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.* S. *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de transactionibus propter timorem litis interpoſitis. *Ienae* 1766. §. 16.

26) *Nov.* 124. *cap.* 4. *L.* 41. *Cod. h. t. Receſſ. imp.* de a. 1512. P. 2. §. 8. Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 4. S. *Aug. Bern.* EBERWEIN D. de Transactione cogenda. *Alt.* 1708. *Sam. Frid.* WILLENBERG D. de neceſſitate ad tranſigendum impoſita, in

allerdings befugt, ja ſogar verbunden, die Partheyen bey einer jeden ſchicklichen Gelegenheit zu einer gütlichen Auskunft zu bewegen, und dieſe Pflicht liegt ihm beſonders bey der erſten Zuſammenkunft der beyden ſtreitenden Theile vor Gericht ob, weil in dem Fortgange des Proceſſes nicht ſelten die Erbitterung unter ihnen in einem ſolchen Grade wächſt, daß aller weitere Verſuch einer gütlichen Auseinanderſetzung vergeblich iſt [27]). Allein ſoweit erſtreckt ſich doch die Gewalt eines Richters nie, daß er, um einen Vergleich unter den Partheyen zu Stande zu bringen, ſich übermäſſiger Ueberredungen, oder unzuläſſiger Bedrohungen, oder anderer ungebührlicher Zwangsmittel bedienen dürfte [28]). Es kann daher auch die richterliche Commination, daß der gethane Vergleichsvorſchlag, im Falle die Erklärung darauf in dem deßhalb beſtimmten Termin von Seiten der

in EIUS *Selectis iurisprud. civ.* ſ. *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Exerc. LXI. *Io. Caſp.* HEIMBURG D. de transactione iudiciali invita. *Ienae* 1746. und *Sixt. Iac.* KAPF D. de transactione imperata. *Tübing.* 1761.

27) Jüngſter Reichsabſchied vom Jahr 1654. §. 110. Reichs-Hofraths-Ordn. Tit. 2. §. 5. S. *Io. Chriſt.* ZINCK D. de amicabili compoſitione et in ſpecie de transactionibus. *Marb.* 1741. *Paul. Wilh.* SCHMID D. de officio et prudentia iudicis circa amicabilem litium compoſitionem. *Ien.* 1747. *Ern. Mart.* CHLADENII Obſervationes de compoſitione amicabili. *Vitemb.* 1768. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 146. ff. Gmelins und Elsäſſers gemeinnützige juriſtiſche Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band Nr. XVII. S. 239. f.

28) Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 321. Not. z. S. 205.

der Parthehen nicht erfolgen würde, für angenommen gehalten werden ſolle, von keiner rechtlichen Wirkung ſeyn, indem vielmehr von demjenigen, der ſich auf einen ſolchen Vorſchlag nicht erklärt, anzunehmen iſt, daß er damit nicht zufrieden ſey, ſondern lieber die Sache im Wege Rechtens ausmachen wolle. Der Richter kann zwar wohl eine ſolche Parthey, welche ihre Erklärung auf den ihr communicirten Vergleichsvorſchlag in dem anberaumten Termin nicht erſtattet, in die Vergütung der Unkoſten verurtheilen, und einen neuen Termin, allenfalls unter Androhung einer Geldſtrafe, beſtimmen [29]), allein dazu iſt er keinesweges befugt, den geſchehenen Vergleichsvorſchlag in contumaciam für eingegangen anzunehmen. Nur in dem ſeltenen Falle, da der verworrenen Umſtände und mangelnden Nachrichten halber es faſt unmöglich iſt, die Sache genau zu entſcheiden, oder wo die weitere Unterſuchung der Streitſache ſchon an ſich ſelbſt offenbar mehrere Koſten nach ſich zieht, als der Gegenſtand des Streits ausmacht, oder wo ſonſt das gemeine Beſte die Beylegung eines Streits nothwendig macht, behauptet man, daß der Richter die Partheyen zur Eingehung eines Vergleichs nöthigen, und alſo, wie man ſagt, durchgreifen dürfe [30]). Allein wenn auch ein ſolches Verfahren des Richters unter den bemerkten Umſtänden gar wohl gerechtfertiget werden kann [31]), ſo

29) Claproth in der angef. Einleitung §. 149. S. 161.

30) Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 66. S. 167. EBERWEIN cit. Diſſ. Cap. II. §. 5. Claproth in der angef. Einleitung §. 153. KAPF cit. Diſſ. §. 7. Renthe §. 17.

31) Die *L.* 13. §. 3. *D. de Uſufr.* und *L.* 21. *D. de reb. credit.* worauf ſich insgemein bezogen wird, reden zwar eigentlich nicht

ſo iſt doch eines Theils dergleichen Entſcheidung nicht ſowohl als ein Vergleich anzuſehen, weil es hier an der freien Einwilligung der Partheyen fehlt, ohne die ſich doch kein Vergleich denken läßt, ſondern ſie gilt allenfalls nur, wie unſer Verfaſſer ſagt, als eine deciſio litis ex aequo et bono brevi manu facta [32]); andern Theils aber kann auch wohl eine ſolche Gewalt nicht einem jeden Richter, der nicht zugleich den Landesherrn ſelbſt repräſentirt, oder nicht wenigſtens ein Landesgeſetz für ſich hat [33]), eingeräumt werden, indem vielmehr dem Unterrichter in ſolchen Fällen, wo um des gemeinen Beſtens willen ein Schritt geſchehen ſoll, der von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, an den Landesherrn oder den Oberrichter, mit Einſendung der Acten, Bericht zu erſtatten obliegt [34]). Erlaubt ſich der Richter, die Partheyen zum Transact zu zwingen, ohne daß ihm die Geſetze dieſe Gewalt ertheilen, ſo iſt nicht nur ſein Verfahren nichtig, ſondern er kann auch dieſerhalb von den Partheyen actione iniuriarum belangt werden.

§. 348.

nicht vom Vergleich, wie HEIMBURG cit. Diſſ. §. 37. ſeqq. gezeigt hat; allein ſie können doch analogiſch allerdings zum Beweis gebraucht werden.

32) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 25. HEIMBURG cit. Diſſ. §. 73.

33) Ein Beyſpiel giebt die Celliſche Canzleyordnung Art. 2.

34) MEVIUS P. I. Deciſ. 224. Not. 14. *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de transactione iudiciali §. 8. (in EJUSD. *Diſſertat. academ.* Vol. I. Diſp. VII. pag. 249.) Claproth a. a. O.

§. 348.

Inwiefern macht Irrthum den Vergleich ungültig?

So gewiß es nun iſt, daß bey Schlieſſung eines Transacts weder Betrug noch Zwang vorkommen darf, wenn der Vergleich nicht ungültig seyn ſoll, ſo ſehr wird im Gegentheil darüber geſtritten, ob und in wiefern der Irrthum dem Vergleich im Wege ſtehe[35])? Man darf ſich auch hierüber eben nicht wundern. Denn bedenkt man einer Seits, daß doch zur Gültigkeit eines Vergleichs eben ſo, wie zu einem jeden andern Vertrage, die Einwilligung der Partheyen erfordert wird, der Irrthum aber der Einwilligung offenbar zuwider iſt[36]); ſo ſollte man faſt denjenigen Recht geben, welche behaupten, daß der Irrthum einen Vergleich ſo, wie jeden andern Vertrag, ungültig mache[37]). Allein erwägt man auf der andern Seite, daß der Transact eben darin etwas beſonders vor allen andern Verträgen hat, daß er jederzeit eine

35) Eine ſehr gründliche Abhandlung über dieſe Frage iſt des D. *Mart. Guil.* GOETZ Commentat. iur. civ. de errore in transactionibus recte aeſtimando. *Altorfii* et *Norimbergae* 1797. 4.

36) *L.* 15. *D. de iurisdict. L.* 20. *D. de aqua et aquae pluv. arc. L.* 116. *§.* 2. *D. de Reg. iur.* L. 9. *Cod. de iur. et facti ignor. L.* 36. *D. famil. erciſc.*

37) S. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. BOEHMER in iure Digeſtor. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digeſtor. §. 35. SCHULTING in Enarrat. partis prim. Digeſtor. h. t. §. 20. *God. Lud* MENCKEN *Diſſ.* de transactione ex falſa cauſa. *Vitemb.* 1717. §. 9 et 10. LEYSER Meditat ad Pandect. Specim. XLVII. med. 8. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. 2. §. 8. u. a. m.

eine zweifelhafte Sache vorausſetzt, und daher ſchon ſelbſt die Natur des Geſchäfts es nicht ſo leicht zuläßt, daß um eines bloſen Irrthums willen, wobey dem andern Theil keine Gefährde zur Laſt fällt, ein Vergleich angefochten werden könne, weil ſichs kaum gedenken läßt, daß bey einer zweifelhaften und dunkeln Sache nicht ein oder der andere Theil irren ſollte, und der Vergleich eben dazu dienen ſoll, die genauere Erörterung der Sache, wodurch die Dunkelheit gehoben werden konnte, zu vermeiden; ſo ſcheint die entgegengeſetzte Meinung derjenigen, welche den Irrthum durchaus nicht als eine Urſache gelten laſſen wollen, aus welcher ein bona fide abgeſchloſſener Vergleich wieder aufgehoben werden könnte, mehr Beyfall zu verdienen [38]. Selbſt die Geſetze ſagen es ausdrücklich, daß nicht in jedem Falle, wo ein anderer Vertrag eines vorgegangenen Irrthums wegen angefochten werden könnte, auch deßhalb die Reciſſion eines Vergleichs ſtatt finde, und geben dadurch deutlich genug zu verſtehen, daß hier der Schluß von Verträgen auf Transacte nicht ſchechthin anwendbar ſey. Denn ſo reſcribiren z. B. die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** [39]: Si *non transactionis cauſa*, ſed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico *ſtipulanti ſpopondiſſe*, Rector provinciae animadverterit, reddito, quod debetis, reſidui liberationem condicentes audiet; ſie ſetzen hier als ganz bekannt voraus, daß wenn Etwas aus einem errore facti ohne Schuldigkeit

38) Dieſer Meinung ſind beſonders LUDOVICI in doctrina Pandectar. h. t. §. 7. und *Mich. God.* WERNHER in lectiſſ. commentat. in Pandect. h. t. §. 1. et 3.

39) *L. 6. Cod. de iuris et facti ignor.*

digkeit verſprochen worden, aus einer ſolchen Stipulation keine Verbindlichkeit entſtehe, daß hingegen ein ſolcher Irrthum einem Vergleiche ſeine Kraft im mindeſten nicht entziehe; ja es wollen dieſe Kaiſer ein für allemal nicht, daß ein bona fide abgeſchloſſener Vergleich wieder aufgehoben werde, wenn auch gleich hernach durch neu aufgefundene Urkunden der vorgegangene Irrthum augenſcheinlich dargethan werden könnte [40]). Geſetzt alſo, daß der eine Theil in der ganz ungegründeten Beſorgniß geſtanden hätte, als ob über die Sache vielleicht ein Streit entſtehen könnte, über welche der Vergleich geſchloſſen worden iſt, ſo iſt dennoch ein ſolcher Irrthum, wenn er auch hernach entdeckt wird, dem Transact unſchädlich [41]); genug, wenn nur der

40) *L.* 19. *C. h. t.* Sub praetextu inſtrumenti poſt reperti, transactionem bona fide ſinitam reſcindi iura non patiuntur. *Io. Pet. de* LUDEWIG, welcher in ſeinem Paradoxo pro iure retractandi transactionem novis inſtrumentis repertis, *Halae* 1704. (Tom. I. *Opuſcul. miſcellan.* pag. 964.) das Gegentheil zu behaupten ſucht, will zwar dieſe L. 19. blos von den Fällen verſtehen, da entweder die producirten neuen Documente falſch ſind, oder wenigſtens dem Vergleiche die allgemeine Clauſel beygefügt worden iſt, daß durch denſelben alle und jede Rechtsgründe, die auch etwa noch künftig ſich ergeben möchten, getilgt und abgethan ſeyn ſollten, folglich auf die noch nachher gefundenen Urkunden ſchon zum voraus Verzicht geleiſtet worden iſt. Allein dieſe irrige Meinung iſt ſchon längſt von *Franc. Iuſt.* KORTHOLT in Diſſ. de reſciſſione transactionis ob reperta nova inſtrumenta. *Gieſſae* 1756. Cap. II. §. 4. ſeqq. gründlich widerlegt worden. Man vergleiche auch *Aug. Cornel.* STOCKMANNI Diſſ. de transactionibus ob noviter reperta inſtrumenta non reſcindendis. *Lipſiae* 1793.

41) *L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. L. 2. Cod. de Transact.*

der Tranſigent, den die Furcht vor einem Proceß zum Vergleich beſtimmte, die Sache ſeiner Seits für zweifelhaft hielt, und dem andern Theil kein dolus dabey zur Laſt fällt [42]). Deſſen ungeachtet läßt ſich aber doch nicht ohne alle Ausnahme behaupten, daß der Irrthum auf keine Weiſe dem Vergleich im Wege ſtehe. Denn die Geſetze enthalten allerdings mehrere Fälle, wo der Vergleich des Irrthums wegen mit vollkommenen Grunde angefochten werden kann. Dahin gehört, wenn der Vergleich durch falſche Urkunden veranlaßt worden iſt, welche beyde Theile für richtig hielten [43]); ferner wenn bey einem allgemeinen Transact, der über ein gewiſſes Genus geſchloſſen worden, gewiſſe dazu gehörige Individuen aus Irrthum für das Eigenthum eines Dritten darum gehalten worden ſind, weil ſich dieſelben zur Zeit des errichteten Vergleichs in ſeinen Händen befanden [44]); oder wenn man ſich mit einem Haupt-

42) *L. cit.* 65. — Sin autem *evidens calumnia* detegitur, *et* transactio imperfecta eſt, *et* repetitio dabitur, wie Haloander richtiger ließt. S. NOODT Obſervat. Lib. II. cap. 16. und de pactis et transact. Cap. 3.

43) *L.* 42. *C. h. t.* Sollte ſich nur ein Theil des Vergleichs auf ein ſolches aus Irrthum für richtig gehaltenes Document gründen, ſo iſt in den übrigen Puncten der Transact für ungültig nicht zu halten, wie das angeführte Geſetz in den Worten beſtätiget: Ita tamen, ut, ſi de pluribus cauſis vel capitulis transactiones initae fuerint, illa tantummodo cauſa vel pars retractetur, quae ex falſo inſtrumento compoſito convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus. S. Pütters auserleſene Rechtsfälle 2. Bandes 4. Th. Reſp. CCXXXVII. nr. 42.

44) *L.* 29. *Cod. h. t.* — Error circa proprietatem rei, apud alium extra perſonas tranſigentium tempore transactionis conſtitutae, nihil poteſt nocere. S. DONELLUS in Comm. ad h. L. nr. 7.

Haupterben über einen Erbanſpruch verglichen, ohne zu wiſſen, daß der Erblaſſer zu unſerm Vortheil ein Codicill gemacht hatte, welches nachher erſt aufgefunden worden iſt [45]); deßgleichen wenn ſich der Transact auf einen Rechnungsfehler gründet [46]); endlich wenn der Irrthum die Perſon desjenigen betrift, mit welchem der Vergleich geſchloſſen worden iſt; z. B. wenn ich mich einer Erbſchaft wegen mit dem verglichen habe, welchen ich für einen Verwandten und Inteſtaterben des Verſtorbenen hielt, der

45) *L.* 3. *§.* 1. *L.* 12. *D. h. t.* Es läßt ſich nicht behaupten, daß dieſen Geſetzen durch die *L.* 19. *C. de Transact.* ſey derogirt worden. Denn in dieſem letztern Geſetz iſt nur von ſolchen neu aufgefundenen Urkunden die Rede, welche den ſtreitig oder zweifelhaft geweſenen Gegenſtand betreffen, worüber der Vergleich geſchloſſen worden iſt. Allein die angeführten *L.* 3. u. *L.* 12. *h. t.* reden von ſolchen Codicillen, worin dem Tranſigenten noch ein neu Vermächtniß iſt hinterlaſſen worden, welches von dem Erbanſpruche, den derſelbe aus dem Teſtamente machte, ganz verſchieden iſt, und worauf alſo auch der Vergleich nicht gezogen werden kann, weil daran kein Theil gedacht hatte. S. GOETZ cit. Commentat. §. 21

46) *L. un. Cod. de errore calculi.* Wäre jedoch der Vergleich über die ſtreitige Rechnung ſelbſt geſchloſſen worden, ſo kann derſelbe wegen angeblicher in der Rechnung entdeckter Unrichtigkeiten nicht angefochten werden, wofern ſolche nicht etwa durch einen Betrug des andern Theils wären veranlaßt worden. S. PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de errore calculi. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. un. C. de err. calculi p. 73. WERNHER ſelect. Obſervat. for. T. II. P. VIII. Obſ. 427. Hiermit ſtimmt auch das allgemeine Geſetzbuch für die Preuß. Staaten 1. Th. 16. Tit. §. 429. 430 u. 431. überein.

der es aber nicht iſt, ob er ſich gleich ſelbſt bona fide dafür hielt [47]). Da nun alſo die Geſetze in einigen Fällen die Reſciſſion eines Vergleichs aus dem Grunde eines vorgegangenen Irrthums zulaſſen, in andern aber dieſelbe nicht geſtatten, ſo haben verſchiedene Rechtsgelehrte verſucht, dieſe in den Geſetzen vorkommende Fälle auf gewiſſe allgemeine Regeln zu reduciren, um daraus beurtheilen zu können, welcher Irrthum dem Vergleiche ſchädlich und welcher demſelben unſchädlich ſey. Zu dieſer Parthey, welcher man den Namen der ICtorum herciſcundorum geben könnte, gehört nun vorzüglich unſer Autor [48]). Er glaubt nämlich, daß es zuförderſt darauf ankomme, ob ſich beyde Theile irren, oder ob der Irrthum nur auf einer Seite vorhanden iſt. Im erſten Falle unterſcheidet er wieder, ob der Irrthum weſentliche Stücke des Vergleichs betrift, oder nicht. Zu dem erſten Fall rechnet er 1) wenn ſich beyde Theile in der Hauptſache, die den Gegenſtand des Vergleichs ausmacht, geirrt haben. Z. B. der eine wollte ſich über den Cornelianiſchen Fundus vergleichen, der andere aber dachte an den Sempronianiſchen. 2) Wenn beyde Theile ſich darin geirrt haben, daß ſie eine Sache für zweifelhaft hielten, welche es doch nicht war. Z. E. der Vergleich wurde durch ein falſches Document veranlaßt, welches beyde Theile für richtig hielten. Hieraus leitet er nun folgende zwey Regeln her:

a) Wenn

47) L. 36. *in fin. D. fam. erciſc.*

48) Noch ausführlicher hat unſer Verfaſſer ſeine Meinung vorgetragen in ſeiner Diſſertation de eo, quod ab ſpecies noviter repertas circa transactiones iuris eſt. *Ienae* 1759. §. 15 — 18. Hellfelds Meinung nimmt auch Renthe in dem oben angeführten Verſuch §. 19. an.

a) Wenn ſich beyde Theile in der Hauptſache, welche den Gegenſtand des Vergleichs ausmacht, oder in ſolchen Dingen, die zum Weſen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, geirrt haben, ſo iſt der Vergleich nichtig;

b) Betrifft hingegen der Irrthum der Partheyen weder das Object, noch das Weſen des Transacts, ſo ſchadet er der Gültigtigkeit des Vergleichs nicht.

Iſt der Irrthum nur auf der einen Seite vorhanden, ſo hat entweder, ſagt unſer V. der andere Theil dieſen Irrthum durch Betrug veranlaßt, z. E. er hat die zur Sache gehörigen Urkunden unterſchlagen, damit man *nicht* hinter die Wahrheit kommen möchte, oder der andere Tranſigent iſt in bona fide. Im erſten Falle iſt wohl freylich der Vergleich wegen des von dem andern Theile begangenen Dolus ungültig. Der Fall gehört aber eigentlich nicht hierher. Im letztern Falle hingegen macht unſer V. den Unterſchied, ob der Irrthum die Exiſtenz der Sache, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, angehet, oder nicht. Iſt das erſtere, ſo giebt er die Regel: Ein Vergleich iſt ungültig, welcher über eine Sache eingegangen worden iſt, die ſo, wie ſich der Irrende vorſtellte, und bey Schlieſſung des Vergleichs vorausſetzte, wirklich nicht exiſtirt. Hierher rechnet er folgende Fälle: 1) wenn der Tranſigent irrig glaubte, daß eine gemeinſchaftliche Erbſchaft vorhanden ſey, und in dieſer Vorausſetzung mit demjenigen theilte und ſich verglich, den er

für einen Miterben hielt, welcher es aber doch nicht war [49]; 2) wenn der Vergleich über eine teſtamentariſche Erbſchaft unter der Vorausſetzung geſchloſſen worden iſt, daß das Teſtament an ſich nicht ungültig ſey, und hernach ergiebt ſich, daß das Teſtament mit einem Fehler behaftet ſey, weßhalb es nicht zu Recht beſtehen kann [50]; 3) wenn ein Irrthum in der Rechnung vorgegangen iſt, und dieſer den Grund des Vergleichs ausmacht. Denn hier exiſtirt die Summe nicht, welche die Partheyen beym Vergleich vorausſetzten [51]. In dem letztern Falle hingegen, da der Irrthum rei exiſtentiam nicht betrift, könne der Vergleich des Irrthums wegen nicht angefochten werden, weil hier der Irrthum hätte vermieden werden können, wenn es den Partheyen gefallen hätte, den Weg Rechtens einzuſchlagen. Der Irrthum ſey alſo hier ein error voluntarius, qui erranti nocet.

Ob uns dieſe Theorie in Stand ſetzen wird, in jedem vorkommenden Falle richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche ſchädlich oder unſchädlich ſey, daran zweifle ich ſehr. Denn a) trägt hier der Unterſchied, ob beyde Theile irren, oder ob nur ein Theil irrt, zur Entſcheidung der Sache wenig bey, zumahl da die in dem letztern Falle vom Hellfeld angeführten Beyſpiele ſolche ſind, wo der andere Tranſigent, wenn er nicht in dolo iſt, ſich mit dem Irrenden im gleichen Irrthume befindet. b) Wollte man mit unſern V. zur Regel annehmen, daß ein Vergleich nicht gelte, wenn die Partheyen aus Irrthum die Sache,

49) *L. 36. §. fin. fam. erciſc.*

50) *L. 4. Cod. de iuris et facti ignor.*

51) *L. un. C. de err. calculi.*

Sache, worüber ſie ſich verglichen, für zweifelhaſt hielten, die es doch nicht war, ſo würde man in manchen Fällen die Reſciſſion eines Transacts zulaſſen müſſen, wo gleichwohl die Geſetze dergleichen Aufhebung nicht geſtatten, z. E. wenn der Vergleich aus Beſorgniß, daß etwa ein Proceß entſtehen könnte, welcher doch auf keine Weiſe zu befürchten war, geſchloſſen worden, oder wenn die Sache, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, durch neu aufgefundene Urkunden, welche vorher beyden Theilen unbekannt waren, nun dergeſtalt ins Klare kommt, daß wenn dieſe Documente zur Zeit des Vergleichs vorhanden geweſen wären, es gar keines Transacts bedurft hätte. Es kommt ja bekanntermaſſen bey Schlieſſung eines Vergleichs gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich zweifelhaft iſt, ſondern es iſt genug, wenn ſie den Partheyen zu der Zeit zweifelhaft zu ſeyn ſchien, da es ihnen gefiel, ſtatt des langweiligern und koſtbarern Weges der richterlichen Erörterung den kürzern Weg der Güte einzuſchlagen [52]). Eben ſo wenig verdient auch die Zolleriſche Theorie unſern Beyfall. Zoller [53]) giebt die Regel: der Irrthum ſtehe dem Vergleiche entgegen, inſofern derſelbe die Einwilligung der Partheyen ſelbſt betrift, welche den Grund des Transacts ausmacht; inſofern hingegen der Irrthum blos den Gegenſtand des Vergleichs, d. i. die zweifelhafte Sache, angeht, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, ſo ſchade derſel-

52) S. GUNDLING Diſſ. de transactionum ſtabilitate et inſtabilitate §. 39.

53) In Diſſ. quaeſtionem: an ab errorem reſcindi poſſit transactio? continent. *Lipſiae* 1765.

ſelbe dem Transact nichts. Allein 1) läßt ſich ein Irrthum in Anſehung der Einwilligung nicht leicht gedenken, der nicht auch zugleich das Object ſelbſt beträfe. Das von Zoller zur Erläuterung ſeiner Regel angeführte Beyſpiel kann ſelbſt einen Beweis hiervon geben. Ich vergleiche mich mit dem Titius, der eine Forderung von tauſend Gulden an mich machte, auf eine Summe von fünfhundert Gulden. In der Folge ergiebt ſich, daß ich ihm überhaupt nie mehr, als 500 fl. ſchuldig geweſen ſey. Hier betrift mein Irrthum zwar allerdings den Conſens, denn ich wollte dem Titius eigentlich eine geringere Summe bewilligen, als er meiner Meinung nach von mir zu fordern hätte. Aber betrift denn nicht auch dieſer Irrthum zugleich das Object ſelbſt? Denn darüber waren wir ja uneins, wie viel ich dem Titius noch zu bezahlen hatte, räumte ich ihm nun gleich nicht ſeine ganze Forderung von 1000 fl. ein, ſo glaubte ich doch, daß ich ihm wenigſtens noch mehr als 500 fl. ſchuldig wäre, und ſuchte alſo durch den Vergleich eine Minderung meiner Schuld zu bewirken. Es iſt daher allerdings ein error circa obiectum vorhanden, der aber, weil er die Partheyen zur Eingehung des Vergleichs veranlaßte, zugleich als ein error circa conſenſum angeſehen werden kann. Sodann aber ſteht ja auch 2) der error circa conſenſum nicht in jedem Falle der Gültigkeit des Vergleichs im Wege, ſo wie im Gegentheil der Irrthum in Anſehung des Objects nicht in jedem Falle unſchädlich iſt. So iſt z. B. der Transact ohne allen Zweifel ungültig, wenn der Gegenſtand deſſelben ſchon zu der Zeit, da ſelbiger geſchloſſen wurde, ohne daß es die Partheyen wußten, zu Grunde gegangen; dahingegen ſchadet in dem vom Zoller angeführten Falle der er-

ror

ror circa conſenſum dem Vergleiche nichts, wenn gleich Zoller das Gegentheil behaupten will [54]).

Aus dieſem allen, was wir bisher geſagt haben, ergiebt ſich nun alſo, deucht mir, ganz deutlich, daß man bey Beurtheilung des Irrthums in Anſehung eines Transacts vielmehr darauf zu ſehen habe, ob der Irrthum den ſtreitigen oder zweifelhaft geweſenen Punct betrift, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, oder ob derſelbe auf ſo etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht hatten, ſondern was ſie für gewiß und unzweifelhaft hielten. In dem letztern Falle laſſen ſich die Grundſätze de errore in pactis commiſſo vollkommen anwenden, und der Irrthum ſteht hier dem Vergleiche eben ſo, wie einem jeden andern Vertrage, im Wege [55]). Allein in dem erſtern Falle läßt die Natur und der Zweck des Vergleichs keine Reſciſſion des Irrthums wegen zu [56]). Die Geſetze, welche bereits in dem Vorhergehenden angeführt worden ſind, beſtätigen dieſen Unterſchied ganz deutlich, denn in allen den oben vorgekommenen Fällen, wo die Aufhebung eines Vergleichs des Irrthums wegen zugelaſſen wird, läßt ſich kein anderer Grund der Entſcheidung annehmen, als der, weil der Irrthum nicht das caput controverſum, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, ſondern eine ganz andere Sache betraf, worüber unter den tranſigirenden Par-

54) GOETZ cit. Comment. §. 39.

55) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Götz angeſ. Commentation §. 20. u. folgg.

56) *L.* 10. *C. h. t.* — Nullus etenim erit litium finis, ſi a tranſactionibus bona fide interpoſitis coeperit facile diſcedi.

Parthеyen gar kein Streit noch Zweifel obwaltete; dahingegen der Irrthum in allen Fällen, in welchen die Geſetze ſolchen bey Transacten für unſchädlich erklären, immer gerade den unter den Parthеyen ſtreitig oder zweifelhaft geweſenen Punct ſelbſt betrift, welcher durch den Vergleich beſtimmt, und zur Gewißheit gebracht worden iſt. Zum Beyſpiel mag die Entſcheidung der Kaiſer **Leo** und **Anthemius** 57) über die Rechtskraft eines auf falſche Urkunden ſich gründenden Vergleichs dienen. Die Kaiſer unterſcheiden hier zwey Fälle: entweder beyde Theile hielten die Urkunden für ächt, und nahmen ſie zur Grundlage ihres Vergleichs an, ohne daß ihnen wegen der Unächtheit derſelben auch nur der geringſte Zweifel beyfiel; oder es war über die Aechtheit der Documente unter den Parthеyen geſtritten, und dieſer Streit durch den Vergleich beygelegt worden. In dem erſtern Falle erklären die Kaiſer den Vergleich für ungültig, wenn ſich nachher die Unrichtigkeit der Urkunden offenbahret hat. Denn hier betrift der Irrthum der Parthеyen einen Umſtand, der unter ihnen ganz unſtreitig war, und welcher überdem den Grund des ganzen Vergleichs ausmachte. In dem letztern Falle hingegen ſoll der Vergleich, wodurch der Streit über die Aechtheit der Urkunden unter den Parthеyen beygelegt worden iſt, aus dem Grunde des Irrthums auf keine Weiſe reſcindirt werden, wenn auch gleich in der Folge ſolche Beweiſe ſich gefunden haben ſollten, welche das vitium des ſtreitig geweſenen Documents auſſer allen Zweifel ſetzen. Denn hier betrift der Irrthum das caput controverſum ſelbſt, und iſt ein ſolcher, den die Parthеyen nicht vermeiden wollten, weil

57) *L. 42. Cod. h. t.*

weil ſie die Koſten und Weitläuftigkeiten einer genaueren Erörterung der Sache ſcheueten [58]).

§. 349.

Gilt ein Vergleich über teſtamentliche Verlaſſenſchaften, ohne daß die Partheyen vorher das Teſtament eingeſehen und geleſen haben.?

Die Frage, welche unſer V. hier entſcheidet, ob nämlich Streitigkeiten über teſtamentliche Verlaſſenſchaften auf eine rechtsgültige Art verglichen werden können, ehe das Teſtament eröfnet, und von den Partheyen geleſen worden iſt? iſt allerdings unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Zwar ſind darin alle Rechtsgelehrten einig, daß wenn ſchon vor der Eröfnung des Teſtaments der Inhalt deſſelben den Partheyen auf irgend eine Art, z. B aus der Erzählung glaubwürdiger Perſonen, die bey der Verfertigung des Teſtaments gegenwärtig geweſen, bekannt geworden ſeyn ſollte, der darüber geſchloſſene Vergleich nicht ungültig ſey [59]). Allein die eigentliche Streitfrage iſt, ob der Transact vor der Eröfnung des Teſtaments auch in dem Falle zuläſſig ſey, da der Inhalt deſſelben den Partheyen noch nicht hinlänglich bekannt iſt. Hier ſind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Viele, denen

 auch

58) GOETZ cit. Commentat. §. 24.

59) S. FABER in Cod. definition. for. Lib. II. Tit. IV. Definit. 1. STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 6. a WERNHER ſelect. Obſervat. for. T. II. P. VII. Obſ. 243. PUFFENDORFF Obſervat. iur. univ. T. I. Obſ. 142. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 87. Renthe in dem angef. Verſuche §. 34. u. a. m.

auch unſer Verfaſſer beyſtimmt, halten dafür, daß in dieſem letztern Falle Streitigkeiten über dasjenige, was in einem Teſtamente hinterlaßen worden iſt, nicht gültig verglichen werden könnten, wofern nicht zuvor das Teſtament von den Partheyen gehörig eingeſehen und geleſen worden wäre[60]). Es kann auch nicht geläugnet werden, daß dieſe Meinung manche, gewiß nicht unerhebliche Gründe für ſich hat. Denn ſo lange das Teſtament noch nicht eröfnet worden, und auch ſonſt der Inhalt deſſelben nicht bekannt iſt, kann man ja nicht wiſſen, wer eigentlich Erbe ſey. Mit wem wollte man alſo wohl den Vergleich abſchlieſſen? Man kann ſich auch nicht füglich denken, daß ein Streit über den Inhalt eines Teſtaments entſtehen könnte, den man noch nicht weiß, oder der nicht wenigſtens ſogleich durch die Einſicht des Teſtaments beygelegt werden könnte, ohne daß es eines Vergleichs bedarf. Es ſcheint folglich an einem

60) Man ſehe VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. et 13. VINNIUS ſelect. iuris quaeſtion. Lib. I. cap. 8. und Ebenderſelbe in Tract. de Transactionibus cap. 5. *Io.* STRAUCH ad L. Deciſiones Iuſtiniani Exerc. IV. cap. 5. nr. 2. ſeqq. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. VII. Th. IV. Lit. E. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Diſput. X. §. 9. BOECKELMANN Exercit. ad Pandect. h. t. §. 6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS Miſcellaneor. libr. (*Trajecti ad Rhen.* 1774. 8.) Cap. XIII. pag. 137. ſeqq. *Guil. van* EVERSDYK Diſſ. ad L. 6. D. de Transact. (in *G.* OELRICHS *Theſ. Diſſ. Belgicar.* Vol. III. pag. 117.) *Io. Henr.* WOLFART Tract. iurid. in qua transactionem teſtamenti tabulis nondum inſpectis initam eſſe Nonens, demonſtratur. *Marburgi* et *Hanoviae* 1747. *Chriſt. Henr.* BREUNING Diſſ. iur. civ. de transactionibus ſuper relictis in teſtamento tabulis non inſpectis. *Lipſiae* 1768. Renthe in dem augef. Verſuch §. 34. und 35.

nem weſentlichen Erforderniß des Transacts zu fehlen. Sodann ſagt auch Gajus [61]) ganz ausdrücklich: De his *controverſiis*, quae *ex teſtamento* proficiſcuntur, *neque tranſigi*, neque exquiri veritas *aliter poteſt*, quam *inſpectis cognitisque verbis teſtamenti* [62]). Man wendet zwar dagegen ein, die L. 6. h. t. ſey ein lex fugitiva, und gehöre gar nicht zu der Lehre von Transacten, ſondern beziehe ſich lediglich auf das Edict des Prätors de aperiendis teſtamentorum tabulis, wie aus der Vergleichung der L. 1. §. 1. D. Teſtamenta quemadm. aperiant. erhelle, welche aus eben dem *libro XVII.* GAJI *ad Edictum provinciale*, wie die L. 6. h. t. genommen ſey [63]). Denn da heiße es: Omnibus, quicunque deſiderant tabulas teſtamenti inſpicere, vel etiam deſcribere, inſpiciendi deſcribendique poteſtatem facturum ſe Praetor pollicetur. Ratio huius Edicti manifeſta eſt. *Neque enim ſine iudice tranſigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controverſiis, quae ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisque verbis teſtamenti.* Hieraus ſey offenbar, daß die L. 6. h. t. ganz aus ihrem Zuſammenhange geriſ-

61) *L. 6. D h. t.*

62) Eben ſo lautet dieſe Stelle auch griechiſch in den *Baſilicis XI.* 2. Tom. I. pag. 771. der Fabrotiſchen Ausgabe: Περί τῶν ἐν διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τί ἀληθές ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων; d. i. de controverſiis ex teſtamento venientibus neque tranſigi poteſt, neque exquiri veritas, quam prolatis verbis teſtamenti.

63) S. *Iac.* LABITTI uſum indicis Pandectarum Cap. II. §. 13. (in *Abrah.* WIELINGII *iurisprud. reſtituta. Amſtel.* 1727. P. II. pag. 21. ſeq.)

geriſſen worden ſey, und nur den Grund enthalte, warum der Prätor einem jeden, welchem daran gelegen ſey, ein Teſtament einzuſehen, und Abſchrift davon zu nehmen, die Vorlegung des Teſtaments auf ſein Verlangen geſtatten wolle. Ueberdem bedeute hier der Ausdruck tranſigere nicht ſoviel, als Streitigkeiten durch gütliche Uebereinkunft der Partheyen beylegen, ſondern vielmehr ſelbige durch Anſtellung der Klage aus dem Teſtamente vor Gericht verhandeln [64]. Allein dieſer Einwurf iſt freylich nicht von ſolcher Wichtigkeit, daß er ſich nicht aus dem Wege räumen ließe. Denn zugegeben, daß die L. 6. h. t. ihrem urſprünglichen Zuſammenhange nach ſich auf das Edict des Prätors von Eröfnung der Teſtamente bezogen hätte, ſo iſt doch kein hinlänglicher Grund einzuſehen, warum nicht dieſe Stelle auch in dem Titel von Transacten einen Platz behaupten könne [65]; da ja eben die Nothwendigkeit der Einſicht des Teſtaments, bey Schlieſſung eines Vergleichs darüber, den Prätor bewogen haben kann, jenes Edict zu proponiren. Es bedarf auch wohl keines weitläuf-

64) Dieſer Meinung iſt beſonders COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XXIX. Tit. 3. Qu. 3. dem auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. V. §. 172. Not. *. beyſtimmt. Allein ſchon längſt vorher tadelte *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6. D. de Transact. wegen dieſer Erklärung den *Aemil.* FERRETUS ad L. 3. D. de Transact. und *Iac.* CUJACIUS ad L. 1. D. eod. Sie iſt alſo wohl dem Cocceji nicht eigenthümlich.

65) Eben dieſes haben auch ſchon *Emund.* MERILLIUS Obſervation. Lib. III. cap. 14. ARNTZENIUS Miſcellaneor. libro cap. 13. pag. 143. und *Car. Frid.* WALCH in Diſſ. de transactionibus propter timorem litis interpoſitis. *Ienae* 1766. §. VII. pag. 18. bemerkt.

künftigen Beweiſes, daß die Erklärung des Worts Transigere in jener uneigentlichen Bedeutung hier nicht ſtatt finden könne, da es vielmehr in der L. 1. D. Teſtam. quemadm. aperiant. ganz ausdrücklich heißt: *ſine iudice tranſigi*, eine facultas agendi ex teſtamento aber ſine iudice nicht denkbar iſt [66]). Man führt jedoch noch andere Gründe an, warum das römiſche Recht Transacte über letzte Willensverordnungen nicht zulaſſe, ohne ſich vorher von dem Inhalte derſelben hinlänglich unterrichtet zu haben. Denn es war nicht nur den römiſchen Geſetzgebern überhaupt daran gelegen, daß die letztern Willensverordnungen gehörig befolgt, und von habſüchtigen Erben nicht unterſchlagen werden möchten [67]); ſondern es kann auch vielleicht die viceſima, welche inſonderheit von Teſtaments-Erbſchaften an den Fiſcus abgegeben werden mußte, und zu den Zeiten des Gajus unſtreitig noch im Gebrauche war [68]), mit eine Urſache jener geſetzlichen Verordnung geweſen ſeyn, indem auf ſolche Art der Vergleich auch ſelbſt dem Fiſcus gar leicht zum Nachtheil hätte gereichen können, wenn er vor der Eröfnung des Teſtaments gleichſam auf ein bloſes Gerathewohl erlaubt geweſen wäre [69]); nicht zu geden-

66) Man ſehe hier, was gegen ECKHARD c. l. ſehr gründlich WALCH in not. ad *Eundem* §. 172. pag. 336. erinnert hat.

67) L. 5. *D. Teſtam. quemadm. aper.*

68) S. *Pet.* BURMANNI Diſſ. de Vectigalibus populi Rom. Cap. XI.

69) Mit einem groſſen Aufwand von Gelehrſamkeit hat dieſes *Car. Frid.* SCHUBERT in Diſſ. de iuſtitia transactionis teſtamenti nondum inſpectis tabulis ob ſublatam viceſimam hereditatum. *Helmſt.* 1749. zu erweiſen geſucht. Dieſer behauptet, daß zwar zu den Zeiten des Gajus ein Vergleich vor der Eröfnung des Teſta-

gedenken, daß durch eine ſolche Voreiligkeit auch manche heilſame Verfügung des Teſtirers würde vereitelt worden ſeyn. Deſſen allen ungeachtet aber iſt doch die Sache hierdurch, wenigſtens der Theorie nach, noch keinesweges auſſer Zweifel geſetzt, denn die Gründe welche zur Unterſtützung der entgegen geſetzten Meinung von andern Rechtsgelehrten [70]) angeführt worden, ſind gewiß von nicht geringerem Ge-

Teſtaments unerlaubt geweſen, ſolcher hingegen zu Juſtinians Zeiten ſtatt gefunden habe.

70) Man vergleiche hier vorzüglich *Ger.* NOODT de pactis et transactionib. cap. 18. (*Oper.* Tom. I. pag. 535. ſeq.) *Franc.* BALDUINUS in Iuſtiniano. Lib. III. pag. 264. (edit. *Argentorat.* 1596. 8. et Tom. I. *Iurisprud. Rom. et Att.* p. 1149.) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6. D. h. t. *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* (*Oppenhem.* 1610. f.) Lib. II. Tract. XXV. Qu. 7. et 8. *Ant.* SCHULTING Diſſ. de transactione ſuper controverſiis, quae ex ultimis voluntatibus proficiſcuntur, etiam non inſpectis vel cognitis earum verbis, recte ineunda. (in EIUS *Commentat. academ.* Vol. I. *Halae* 1770. 8. Diſſ. IV. pag. 201. ſeqq.) *Nic. Hieron.* GUNDLING Diſſ. de transactione teſtamenti tabulis non inſpectis. *Halae* 1735. *Chriſt. Lud.* CRELL Obſervationes ad L. 6. D. de Transact. quando efficaciter de teſtamento tranſigatur non inſpectis tabulis. *Vitemb.* 1739. *Bern. Henr.* REINOLDI Orat. de Legum inſcriptionibus §. 6. (in *Opuſc.* a IUGLERO edit. pag. 564. ſeqq.) *Henr.* BRENKMANN Diatriba de Eurematicis Herennii Modeſtini. Cap. XII. §. 10. nr. 3. pag. 262. *Ger.* SCHROEDER Obſervat. iur. civ. Lib. II. cap. 13. *Io. Aug.* BACHII Diſſ. de iure transactionis ſuper controverſiis ex teſtamento, non cognitis tabulis. *Lipſiae* 1752. (in *Opuſcul.* a KLOTZIO edit. pag. 75. ſqq.) *Io. van der* LINDEN ad *Voetii* Commentar. Sect. I. (*Traject. ad Rhen.* 1793. f.) h. t. pag. 64. *Io.* WOLBERS Obſervat. cap. 7. und Webers ſyſtemat. Entwicke-

Gewichte. Es iſt vor allen Dingen zu bemerken, daß wenn von einem Vergleiche über einen Teſtamentsſtreit die Rede iſt, der noch vor Eröfnung und Einſicht des Teſtaments iſt eingegangen worden, dabey allerdings vorausgeſetzt werde, daß einmahl überhaupt bekannt ſey, wer Erbe iſt, und dann zweytens der Tranſigent auch wenigſtens ſoviel erfahren haben müſſe, daß er in dem noch uneröfneten Teſtament bedacht worden ſey, obgleich die nähern Umſtände davon, und wie viel das Vermächtniß beträgt, den Partheyen noch zur Zeit unbekannt iſt. Nun ſtelle man ſich einmahl folgenden Fall vor. Titius hat ein Teſtament gemacht, und ſolches durch einen Bevollmächtigten bey einem auswärtigen Gericht hinterlegen laſſen. Ich erfahre, daß mir in dem Teſtamente was vermacht worden iſt, allein was und wie viel? iſt noch unbekannt, weil das Teſtament noch in den Gerichten uneröfnet liegt. Der Inteſtaterbe, welcher zugleich im Teſtament inſtituirt worden iſt, läßt ſich verlauten, daß er das Teſtament nicht werde gelten laſſen, weil es nicht von dem Teſtirer ſelbſt, ſondern durch einen andern den Gerichten übergeben worden ſey. Um dieſem Streite auszuweichen, vergleiche ich mich wegen meines Vermächtniſſes mit ihm, ohne die Eröfnung des Teſtaments abzuwarten. Sollte man im Ernſte hier wohl behaupten können, daß es dem geſchloſſenen Vergleiche an einer re dubia fehle? oder daß der Zweifel ſogleich durch die Eröfnung des Teſtaments gehoben werden könnte? Ja kann nicht ſelbſt die Eröfnung des Teſtaments noch mit ſoviel Weitläuftigkeiten verknüpft ſeyn, daß man, um dieſe zu

wickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 5. S. 253.

zu vermeiden, gern eine baare Summe annimmt, wenn auch gleich das Vermächtniß vielleicht mehr betragen ſollte? Mit welchem Rechte wollte ich nun wohl einen ſolchen Vergleich anfechten? Habe ich dadurch Schaden gelitten, ſo iſt es immer meine eigene Schuld, weil mich Niemand zum Vergleich genöthiget hat. Es heißt alſo hier: conſentientis nulla eſt laeſio, et damnum, quod quis ex culpa ſua ſentit, non intelligitur ſentire [71]). Sollte ich aber nicht vielleicht auf den Beyfall der Geſetze rechnen können, wenn ich den Vergleich anfechten wollte, weil doch nach den ausdrücklichen Worten des Gajus ein Transact über Streitigkeiten, welche aus einem Teſtamente entſtehen, nicht anders eingegangen werden kann, als wenn die Parthеyen das Teſtament geleſen haben? Ich bin noch immer davon überzeugt, daß die Worte des Gajus keine eigentliche geſetzliche Vorſchrift enthalten. Denn ſoviel bleibt doch unwiderſprechlich wahr, daß die L. 6. D. h. t. wenn man ſie mit der L. 1. D. Quem. teſtam. aper. vergleicht, nur blos den Grund enthält, warum der Prätor ſein Edict de inſpiciendis deſcribendisque teſtamenti tabulis bekannt gemacht hat. Es iſt daher der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche der röm. Juriſten allerdings gemäßer, wenn man die Worte des Gajus: *non poteſt* ſo erklärt: non commode oder utiliter non poteſt; ſo wie ſich auch Paulus [72]) in einem andern Falle ausdrückt. Wenigſtens läßt ſich kein hinlänglicher Grund von

71) *L.* 203. *D. de Reg. iur.*

72) *L.* 24. *§.* 1. *D. de admin. et peric. tut.* wo die Worte: quia duo tutores ſimul agere *non poſſunt*, nichts anders heiſſen, als commode et ſine damno pupilli agere non poſſunt, wie *Henr.* BRENCMANN c. l. ſie ganz richtig erklärt.

von einer geſetzlichen Prohibition angeben [73]). Wollte man ſolchen von der allgemeinen Begünſtigung der Teſtamente hernehmen, ſo würde daraus folgen, daß der Vergleich auch eben ſo wenig nach der Eröfnung des Teſtaments geſchloſſen werden dürfte. Ja man würde ſich nicht einmahl einer Erbſchaft begeben können, wenn man an den Worten des **Paulus** [74]): publice expedit, ſuprema hominum iudicia exitum habere, kleben wollte. Und überhaupt frage ich, ob nicht Transacte, wodurch ein ungewiſſes und zweifelhaftes Recht gewiß gemacht wird, eben ſowohl Begünſtigung verdienen, zumal da ſie oft das beſte Mittel ſind, Teſtamente aufrecht zu erhalten, welche vielleicht, we man den Streit darüber der richterlichen Erörterung u Entſcheidung hätte überlaſſen wollen, wären aufgehoben und für nichtig erklärt worden? Man kann auch ferner mit Grunde nicht behaupten, daß ein ſolcher Vergleich der Legi Iuliae viceſimariae zuwider geweſen wäre, wie **Bach** ganz einleuchtend gegen **Schubert** gezeigt hat [75]). Dahingegen läßt ſich noch ein ſehr bündiges Argument für die Gültigkeit deſſelben daher nehmen, daß auch ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Teſtamentsſtreit, ohne vorhergegangene Vorlegung und Einſicht des Teſtaments, entſchieden worden iſt, in den Geſetzen [76]) für rechtsbeſtändig erklärt

73) *Si hoc valere deberet*, ſagt SCHIFORDEGHER c. l. pag. 275. *ut ea, quae pro iuris alicuius ratione ſunt adducta, pro ipſo iure conſtituto accipiamus, iurisprudentia noſtra ſubvertatur neceſſe eſt.*

74) *L. 5. D. Quem. teſtam. aperiant.*

75) cit. Diſſ. §. 8.

76) *L. 11. pr. D. de except. rei iudic.*

erklärt wird, da doch dieſes Falles in der L. 1. §. 1. D. Quem. teſt. aper. auf gleiche Weiſe Erwähnung geſchehen iſt. Der Gerichtsgebrauch in Teutſchland nimmt indeſſen jene erſtere Meinung an, und erklärt einen ſolchen Vergleich für ungültig, welcher über Teſtamentsſtreitigkeiten iſt eingegangen worden, ohne daß den Partheyen zuvor das Teſtament vorgelegt, und von ihnen geleſen worden iſt, es wäre denn, daß der Vergleich vermittelſt eines Eides bekräftiget worden [77]).

§. 350.

Findet ein Transact noch poſt rem iudicatam ſtatt?

Ein Vergleich ſetzt immer eine ſtreitige oder zweifelhafte Sache voraus. Hieraus iſt nun ferner die Frage zu entſcheiden, ob noch poſt rem iudicatam ein Transact ſtatt finden könne [78])? Da die Geſetze

77) S. GAILIUS lib. II. Obſ. 139. n. 9. *Io. a* SANDE Deciſion. Lib. IV. Tit. V. Definit. 15. p. 58. *Io.* SCHILTER Praxi Iur. Rom. Exercitat. IX. §. 9. MANTICA de tacitis et ambiguis conventionibus Lib. XXVI. Tit. 2. VINNIUS de Transactionibus Cap. V. §. 8. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 57. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 19. BOEHMER Conſultat. T. II. P. I. Deciſ. 59. n. 10. STRYK Uſ. Mod. Pandectar. h. t. §. 10. REINHARTH Obſervat. ad *Chriſtinaeum* Vol. I. Obſ. 51. nr. 7. BACH cit. Diſſ. §. 9. u. SCHULTING Theſ. controv. Decad. VIII. §. 9. (*Commentat. acad.* Vol. III. p. 23.) Eben dies verordnet auch das neue Geſetzbuch für die Preuß. Staaten. I. Th. 16. Tit. §. 442. u. 443.

78) Ueber dieſe Frage haben geſchrieben *Io. Nic.* HERTIUS in Diſſ. de transactione poſt rem iudicatam. *Gieſſae* 1705. *Car.* KHOL D. de transactione ſuper re iudicata. *Altorfii* 1723. und *Mart.*

ſetze ſolches an dem einem Orte bejahen [79]), an dem andern hingegen wieder verneinen [80]); ſo kommt es vor allen Dingen darauf an, in welcher Bedeutung der Ausdruck *res iudicata* in den Geſetzen genommen wird. Im allgemeinen Verſtande wird *res iudicata* für eine jede richterliche Sentenz genommen [81]), welche freylich auf Seiten des Richters gleich mit ihrer Publication in ſo fern rechtskräftig wird, daß der Richter, der ſie geſprochen hat, nichts weiter daran ändern kann [82]). In dieſem weitläuftigen und uneigentlichen Sinne ſagt **Ulpian** [83]), daß auch noch poſt rem iudicatam, d. i. nach erfolgter Sentenz, ein Vergleich unter den Partheyen geſchloſſen werden könne, nämlich wenn entweder eine Appellation dagegen wirklich ſchon interponiret worden iſt, oder wenigſtens noch eingewendet werden kann. Denn da leicht in der Appellations-Inſtanz ein reformatoriſches Erkenntniß erfolgen kann, ſo iſt hier noch immer res dubia vorhanden. Verſteht man hingegen unter einer *re iudicata* eine ſolche richterliche Sentenz, welche dergeſtalt in die Rechtskraft übergegangen iſt, daß kein Rechtsmittel weiter dagegen eingewendet werden

Mart. Wolder. SCHROETERINGK D. eiusd. tituli. *Lugduni Bat.* 1754.

79) *L. 7. pr. D. h. t. L. 11. D. eod.*

80) *L. 23. §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. Cod. eodem.*

81) L. 1. *D. de re iudic.* und CICERO ad *Herennium* Lib. II. cap. 13. ſagt: *Iudicatum* eſt id, de quo ſententia lata eſt, aut decretum interpoſitum. *Add. L. 14. C. de appellat.* VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. 42. Tit. 1. §. 2.

82) *L. 55. D. de re iudicata.*

83) *L. 7. pr. D. h. t.*

den kann; ſo findet kein Transact weiter ſtatt [84]). Denn ein rechtskräftiger Urtheilsſpruch muß als Wahrheit und Recht gelten [85]). Was iſt alſo hier noch weiter zu entſcheiden übrig [86])? Wäre ein ſolcher Vergleich dennoch geſchloſſen, und durch Zahlung vollzogen worden, ſo kann, wie **Ulpian** [87]) ſagt, die Zahlung zurück gefordert werden, nämlich nach Abzug deſſen, was vermöge der rechtskräftigen Sentenz zu bezahlen war. Eine Ausnahme wäre jedoch in den Fällen zu machen, wenn es entweder noch zweifelhaft iſt, ob res iudicata vorhanden ſey [88]), oder die Execution

84) *L.* 32. *Cod. h. t.* Si cauſa cognita prolata ſententia, ſicut iure traditum eſt, appellationis vel in integrum reſtitutionis ſolennitate ſuspenſa non eſt, ſuper iudicato fruſtra tranſigi, non eſt opinionis incertae. Daß dies auch noch h. z. T. in der Praxis gelte, bezeugen MEVIUS P. VIII. Deciſ. 493. MÜLLER ad STRUVII Syntagma Exercit. VI. Th. 50. not. γ. BERGER in Oeconom. iur. lib. IV. Tit. 34. Th. 3. et Not. 1. u. a. m.

85) *L.* 207. *D. de Reg. iuris.* Res iudicata pro veritate accipitur. Vid. *Ant.* SCHULTING in iurisprud. Antejuſt. pag. 220. Not. 13.

86) Schon in dem Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex finden wir mehrere kaiſerliche Reſcripte, die eben dieſes verordnen. Man vergleiche *L.* 3. 4. 5. 8. *et* 9. *Cod. Gregor. de pactis et transact.* (in *Ant.* SCHULTINGII iurisprud. Antejuſtin. pag. 685. ſeq.) *L.* 3. *Cod. Hermog. eod. tit.* (apud SCHULTINGIUM c. l. pag. 711.) und *L.* 2. *Cod. Theod. h. t.* (apud *Iac.* GOTHOFREDUM Tom. I. pag. 146.)

87) *L.* 23. *§.* 1. *D. de condict. indeb.*

88) *L.* 11. *D. h. t.* Poſt rem iudicatam, etiamſi provocatio non eſt interpoſita, tamen ſi negetur iudicatum eſſe, vel ignorari poteſt, an iudicatum ſit: quia adhuc lis ſubeſſe poſſit, transactio fieri

cution der Sentenz noch Streit verurſachen, oder ſonſt noch mit vielen Schwierigkeiten und Koſten verbunden ſeyn kann [89]). Man unterſcheide übrigens einen Transact von einem pacto remiſſorio, welches ohne Zweifel auch noch nach einem rechtskräfftig abgeurtheilten Proceß ſtatt findet; z. B. ich erlaſſe meinem Schuldner die Summe, zu deren Bezahlung er rechtskräftig verurtheilt worden iſt, ganz oder zum Theil, ſo gilt dieß zwar, allein nicht als ein Vergleich, ſondern als eine Schenkung [90]).

fieri poteſt. Hierher gehört, wenn über die Gültigkeit der Sentenz, wider welche keine Appellation eingewendet worden, geſtritten wird, und es wirklich zweifelhaft iſt, ob ſie in die Rechtskraft übergegangen ſey, oder wenn die Frage davon iſt, ob nicht contra rem iudicatam noch ein Reſtitutionsgeſuch ſtatt finde? in allen dieſen Fällen iſt der Vergleich noch zuläßig.

89) LEYSER Vol. IV. Specim. CCXL. medit. 6. pag. 836. Renthe §. 33. S. 68.

90) Daher ſagt Paulus *Lib. I. Sentent. receptar. Tit. I. §. 5.* bey SCHULTING in jurisprud. Antej. pag. 220. Poſt rem iudicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet; und eben dieſer Paulus ſagt in der *L.* 7. *§.* 13. D. *de pactis* der Vertrag ſey gültig, wodurch ich mir verſprechen laſſe, daß mein Gegner die actionem iudicati nicht gegen mich anſtellen wolle. Es iſt zwar ſonſt dem öffentlichen Wohle des Staats gemäß, daß Sentenzen exequirt werden, aber dieſes erfordert doch nur alsdann die Execution, wenn es der Sieger haben will. S. VOET h. t. §. 11. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Diſp. X. §. 5.

§. 351.

Ein Vergleich hat vim rei iudicatae; doch nicht immer.

Durch einen Vergleich wird ſo, wie durch ein richterliches Erkenntniß, ein Streit entſchieden [91]). Er hat daher auch nicht weniger Kraft, als ein rechtskräftiges Urtheil [92]). Denn aus einem gültig eingegangenen Vergleiche entſpringt eben ſo, wie aus einer rechtskräftigen Entſcheidung, eine proceßhindernde Einrede [93]), d. i. wenn mich mein Gegner wegen der Forderung, weßhalb wir uns verglichen haben, dennoch belangt, ſo kann ich ihm die exceptionem transactionis entgegen ſetzen, und brauche mich, ſofern meine Einrede ſogleich liquid iſt [94]), auf die Klage gar nicht einzulaſſen. Es kann ferner ein Vergleich ſo wenig, als ein rechtskräftiges Erkenntniß, aus dem Grunde angefochten werden, daß gewiſſe Urkunden neuerdings erſt aufgefunden worden, von denen man vorher keine Wiſſenſchaft gehabt hat.

91) In den Geſetzen wird daher der Vergleich eine deciſio genennt. *L. 7. pr. D. de condict. furt. L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid. L. 19. L. 33. C. h. t.* und eben ſo wird der Ausdruck decidere für tranſigere gebraucht. *L. 3. pr. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.* S. auch *L. 17. C. h. t.* und *Ant.* SCHULTING in Protis h. t. §. 2.

92) *L. 20. C. h. t.*

93) *Cap. 1. de litis conteſtat. in 6to. Cap. 1. X. de Transact. Cap. 2. X. de ſentent. et re iudic.*

94) Mehrere Rechtsgelehrten behaupten ſogar, es komme bey dieſer Exception nicht einmal darauf an, daß ſie ſogleich liquid ſey. S. WERNHER in Obſervat. for. T. I. P. I. Obſ. 43. SCHAUMBURG princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. 4. §. 10. Not. 2. STRYK Introduct. ad praxin for. cap. 16. §. 2. Allein man ſehe MEVIUS P. III. Deciſ. 225.

hat [95]). Man darf indeſſen die Vergleichung, welche die Geſetze zwiſchen einem Transacte und der rei iudicatae machen, nicht weiter ausdehnen, als der Abſicht der Geſetze gemäß iſt. Denn dieſe Vergleichung hat nur hauptſächlich ihr Abſehen auf den Zweck, welcher bey beyden freylich der nämliche iſt, und in Beylegung eines Rechtsſtreits beſteht. Daher finden ſich übrigens noch manche Differenzen. So z. E. kann ein rechtskräftiges Erkenntniß einen zum ingenuus machen, der es doch nicht iſt [96]; allein dieſe Wirkung hat ein Vergleich nicht [97]). Ferner ein Transact hat auch keine ſolche paratam executionem [98]), wie ein Judicat [99]) u. d. m. [100]).

§. 352.

Wer kann tranſigiren?

Ein Transact iſt ein Geſchäft, das eine Veräuſſerung in ſich begreift. Nur derjenige iſt alſo fähig, einen gültigen Vergleich zu ſchlieſſen, welcher die Freyheit hat, zu veräuſſern und über ſein Vermögen nach eigenem Gefallen zu diſponiren. Pupillen und Minderjährige können daher ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht tranſigiren. Auch nicht

95) *L.* 19. *C. h. t.* *L.* 4. *C. de re iudic.* LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 27. et SCHULTING in Prot. h. t. §. 16.

96) *L.* 25. *D. de ſtatu hom.*

97) L. 6. *L.* 10. *L.* 36. *C. de liber. cauſ.*

98) L. 28. *C. h. t.*

99) *L.* 8. *C. de reb. credit.*

100) Man ſehe hier beſonders *Io. Iac.* WISSENBACHII Commentationes cathedrar. in libros VII. priores Codicis Iuſtin. (*Franequ.* 1701.) ad L. 20. C. h. t. pag. 83.

nicht einmahl der Vormund darf in jedem Falle für ſich über des Pupillen Recht nach Gefallen ſich vergleichen [1]), ſondern man unterſcheide, ob der Transact bewegliche oder unbewegliche Güter des Pupillen betrift. Im erſten Falle kann zwar der Vormund ſelbſt den Vergleich eingehen, ohne daß hierzu ein Decret der Obrigkeit erfordert wird [2]), nur muß die res mobilis, die den Gegenſtand des Vergleichs ausmacht, nicht von beſondern Werthe ſeyn, weil ſie ſonſt einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird. In dem andern Falle kommt es wieder darauf an, ob durch den einzugehenden Transact ein unbewegliches Gut des Pupillen an den Gegner deſſelben abgetreten werden ſoll; oder ob ſolches dem Pupillen durch den Vergleich gegen ſeines Gegners Anſprüche erhalten werden ſoll. In dem leztern Falle kann der Vergleich vom Vormunde geſchloſſen werden, ohne daß ein obrigkeitliches Decret dazu nöthig iſt, als welches nach Vorſchrift der Geſetze nur bey eigentlichen Veräuſſerungen erfordert wird [3]); in dem erſtern Falle hinge-

1) *Criſt. Henr.* BREUNING Specim. contin. caput iuris controverſ. de transactione tutoris in cauſa pupillari. *Lipſiae* 1768.

2) *L.* 54. §. 5. *L.* 56. §. 4. *D. de furtis.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. 46 med. 1. Der Vergleich darf nur nicht zum offenbaren Nachtheil des Pupillen gereichen. Hierher gehört, was Paulus ſagt in der *L.* 46. §. *ult. D. de adminiſtr. et peric. tutor. et curat.* Tutoribus conceſſum non eſt, *deminuendi cauſa* cum debitoribus pupilli *tranſigere*, et ideo eum, qui minus tutori ſolvit, a pupillo in reliquum conveniri poſſe. S. NOODT de pact. et transact. cap. 26. und VINNIUS in Tr. de transactionibus cap. III. §. 7.

3) Vid. Tit. D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cura ſunt, et Tit. Cod. de praediis et aliis reb. minor. ſine decreto non alienand. auch *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſſ. de transactione in cauſis

hingegen beſitzt entweder der Minderjährige ſelbſt das ſtreitige Grundſtück, oder ſein Gegner hat es im Beſitz. Iſt erſteres, ſo kann der Vormund ohne obrigkeitliches Decret nicht tranſigiren [4]). Eben dieß behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte [5]) in dem andern Falle, weil doch dem Pupillen, wenn er auch das ſtreitige Grundſtück nicht beſitzt, wenigſtens eine Realklage zuſteht, vermittelſt welcher er ſeine Anſprüche rechtlich ausführen und verfolgen kann; und da dieſe zu ſeinem Vermögen gehört, ſo laſſe ſich eine Entſagung derſelben ohne eine Alienation nicht denken. Allein da hier vorausgeſetzt wird, daß das Recht des Minderjährigen noch ungewiß und zweifelhaft iſt, und die Vermuthung doch immer für den Beſitzer ſtreitet; ſo behaupten andere nicht ohne Grund, daß ein obrigkeitliches Decret in dieſem Falle nicht erforderlich ſey [6]). Es läßt ſich alſo wohl *nicht* ganz allgemein behaupten, daß ein Vormund in Sachen ſeines Pflegbefohlnen anders nicht, als adhibitis ſolemnibus, in alienatione neceſſariis, tranſigiren könne, wie unſer Verfaſſer annimmt.

cauſis minorum §. 16. (in EJUSD. *Diſſertat. academ.* Vol. I. Diſſ. X. pag. 386.) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15. und *Franc.* ALEF Diſſ. de Transactione Cap. III. §. 25.

4) *L. 4. Cod. de praed. et aliis reb. minor. L. 22. Cod. de adminiſtrat. tutor. Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. V. Tit. 37. Def. 1.

5) Man ſehe vorzüglich BREUNING cit. Specim. §. 4.

6) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. VII. Th. II. Lit. E. VOET h. t. §. 2. in fin. und HARPPRECHT cit. Diſſ. §. 19.

Aus dieſen Prämiſſen läßt ſich auch die Frage entſcheiden, in wiefern ein Procurator in Sachen ſeines Principals einen Vergleich eingehen könne? Er verrichtet nämlich das ihm aufgetragene Geſchäft entweder zu ſeinem eigenen Vortheil, oder zum Beſten desjenigen, der ihm den Auftrag gab. In dem erſtern Falle wird er ein Procurator *in rem ſuam*, in dem andern aber ein *procurator in rem alienam* genennt. Der erſtere iſt wie ein Eigenthümer des ihm aufgetragenen Geſchäfts anzuſehen [7]), er hat daher freie Gewalt über die Sache zu diſponiren, worüber er Procurator iſt, und kann alſo auch einen gültigen Vergleich darüber ſchlieſſen. Man kann dieſe Befugniß eines procuratoris in rem ſuam auch ſchon daraus abnehmen. Die Geſetze ertheilen einem ſolchen Procurator das Recht einen Eid zu deferiren [8]), daraus folgt nun von ſelbſt, daß er auch tranſigiren könne, weil die Eidesdelation als eine Art von Transact angeſehen wird [9]). Bey einem procuratore in rem alienam kommt es hingegen darauf an, ob ihm die Beſorgung und Verwaltung aller und jeder Geſchäfte und Güter ſeines Principals anvertrauet worden, oder nicht. In dem erſtern Falle kann ein ſolcher procurator univerſalis oder generalis allerdings tranſigiren, wenn er aus guten Gründen glaubt, daß er dadurch das Beſte und den Vortheil ſeines Principals befördere [10]). Denn es iſt den Pflich-

7) *L. 13. §. 1. D. de pactis.* Si in rem ſuam datus ſit procurator, loco domini habetur.

8) *L. 17. §. fin. D. de jurejur.* Procurator quoque quod detulit, ratum habendum eſt, ſcilicet — *ſi in rem ſuam procurator ſit.*

9) *L. 2. D. eodem.* Iusiurandum ſpeciem transactionis continet.

10) *L. 17. §. fin. D. de jurejur. L. 12. D. de pact. L. 58. L. 63. D. de procurat.*

Pflichten und Regeln einer vorſichtigen Güteradminiſtration vollkommen gemäß, daß der Procurator lieber etwas aufopfere, als daß er ſich in die augenſcheinliche Gefahr eines ungewiſſen Proceſſes wagt, wodurch vielleicht das Ganze verlohren gehen könnte [11]). Ein procurator particularis hingegen, dem blos die Beſorgung eines einzigen Geſchäfts anvertrauet worden, kann ohne einen beſondern Auftrag ſeines Principals nicht gültig tranſigiren [12]). Eben dieß findet auch bey einem ſolchen Procurator ſtatt, dem ich nur alle meine Proceſſe übertragen habe [13]). Dieſer kann ohne beſondern Auftrag nicht tranſigiren, weil er blos ein Mandat zum Klagen, nicht aber einen Transact zu ſchlieſſen, erhalten hat. Er würde alſo die Grenzen ſeines Auftrags überſchreiten [14]).

Auch keinem Procurator Caeſaris ſ. Principis, der die öffentliche Einnahme des Landesherrn adminiſtrirt, iſt es

11) NOODT de pact. et transact. cap. 27. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. VOET h. t. §. 3. und Renthe angef. Verſuch §. 25.

12) *L.* 10. *C. de procurat. Cap.* 4. *in fin. de procurator. in 6to.*

13) *L.* 60. *D. de procurat.* Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi cauſa interpoſitam; et ideo, ſi poſtea is, qui mandavit, transactionem ratam non habuit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis. CUJACIUS in *Not. ad §.* 34. *I. de rer. div.* will hier *transactionem deminuendi cauſa* leſen, allein ohne hinreichenden Grund, wie ſchon *Ger.* NOODT de pact. et transact. cap. 27. pag. 559. und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tit. de procuratoribus Nr. V. Not. a. bemerkt haben.

14) *L.* 7. *C. h. t.* NOODT c. l. VINNIUS de Transactionibus cap. III. §. 5.

es erlaubt, in Finanzſachen, ohne beſondere Genehmigung des Fürſten, einen Vergleich zu ſchlieſſen [15]). Der Vergleich, den ein ſolcher Procurator, inconſulto principe ſchließt, iſt null und nichtig [16]).

Was von Procuratoren gilt, findet auch bey den Syndicen und andern Adminiſtratoren moraliſcher Perſonen und Gemeinheiten ſtatt. Iſt ihnen nämlich die allgemeine Verwaltung aller Güter und Angelegenheiten der Gemeinheit anvertrauet worden, ſo können ſie auch in Sachen ihrer Gemeinden tranſigiren, ſofern es das Beſte derſelben erfordert [17]). Wäre im Gegentheil dem Syndicus nur, wie gewöhnlich, die Führung der Proceſſe einer Gemeinde übertragen worden, ſo iſt demſelben ſo wenig, als einem andern Procurator, erlaubt, ohne einen beſondern Auftrag, in Sachen der Gemeinde einen Vergleich zu ſchlieſſen [18]). Es beruhet daher die Meinung derjenigen auf keinen hinlänglichen Gründen, welche ſchlechthin den Syndicen das Recht geben wollen, in Sachen ihrer Gemeinden, auch ohne beſondern Auftrag, Vergleiche zu ſchlieſſen [19]), da denſelben nicht immer

15) *L.* 13. *D. h. t. Gottfr.* MASCOV Diſſ. de procuratore Caeſaris. *Alt.* 1724. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam I. 8. (Tom. V. *Theſ. Meermann.* pag. 69.)

16) *L.* 1. *§.* 1. *D. de offic. procurat. Caeſaris.* VINNIUS de Transact. Cap. 3. §. 10.

17) *L.* 12. *Cod. h. t. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4.

18) *L.* 34. §. 1. *D. de jurejur.* Renthe §. 26. S. 51.

19) GAILIUS Lib. II. Obſ. 72. nr. 11. HAHN ad *Weſenbecium* h. t. nr. 4. in fin. LAUTERBACH Diſp. de Syndicis Membr. II. cap. 2. §. 87. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LIV. medit. 11.

immer eine ſo allgemeine Güteradminiſtration anvertrauet iſt, welche im Röm. Rechte bey denen vorausgeſetzt wird, welchen das Recht zu tranſigiren zuſteht; auch nicht behauptet werden kann, daß Syndici ſchechthin als Vormünder anzuſehen wären, welches ſich wenigſtens daraus noch nicht folgern läßt, daß Perſonengemeinheiten die Rechte der Minderjährigen haben, da ſie die Geſchäfte ihrer Gemeinheiten nicht vi officii, ſondern vermöge erhaltenen Auftrags beſorgen [20]).

Eine andere Frage iſt, ob und in wiefern der Vater über das Vermögen ſeiner Kinder tranſigiren könne? Sind Kinder nicht mehr in väterlicher Gewalt, ſo kann der Vater, als Vater, in ihren Angelegenheiten keinen gültigen Vergleich ſchlieſſen [21]). Nur in ſofern das emancipirte Kind noch minderjährig iſt, und der Vater die Vormundſchaft über daſſelbe führt, iſt letzterer zu allen dem berechtiget, was ein jeder andere Curator in ſolchem Falle thun kann und zu thun ſchuldig iſt [22]); und zwar ſoll ihm das richterliche Decret de tranſigendo nicht erſchwert werden, weil die rechtliche Vermuthung für ihn ſtreitet, daß er aus natürlicher Liebe für ſein Kind das Wohl und den Nutzen deſſelben eiffriger beſorgen werde, als ein anderer Cura-

20) Man ſehe vorzüglich *Rud. Chriſtph.* HENNE Diſſ. de differentiis inter procuratorem et ſyndicum veris et ſpuriis. *Erfordiae* 1770. §. 20. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 4. Not. t.

21) *L.* 10, *D. h. t.* de re filiorum, quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minime eis obeſſe placet.

22) VINNIUS de Transactionibus cap. 3. §. II. SCHULTING in Protis h. t. §. 4.

Curator [23]). Sind aber die Kinder noch in der väterlichen Gewalt, ſo kommt es auf die verſchiedenen Gattungen ihres Pekuliums an. Iſt dieſes Vermögen ſo beſchaffen, daß dem Kinde nicht nur das Eigenthum ſondern auch der Nießbrauch daran zuſteht, von welcher Art das peculium caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, und adventitium irregulare iſt; ſo kann der Vater als Vater nicht darüber tranſigiren, weil der Sohn in Anſehung eines ſolchen Vermögens wie ein paterfamilias anzuſehen iſt, und darüber freie Gewalt hat, unter den Lebendigen zu diſponiren [24]). Sollte indeſſen der Sohn noch minderjährig ſeyn, und ſein Beſtes einen Transact in Rückſicht dieſer Güter nöthig machen, ſo kann ihn zwar der Vater, jedoch anders nicht, als in der Qualität eines Vormundes ſchlieſſen, inſofern ihm nämlich die Adminiſtration des Vermögens zuſteht [25]). In Abſicht auf das peculium adventitium regulare geben die Geſetze dem Vater ſchon freiere Hände. Die Adminiſtration dieſes Vermögens ſteht dem Vater nicht als Vormunde, ſondern vermöge der väterlichen Gewalt zu. Er iſt daher auch zu nichts von dem, was ſonſt den Vormündern obliegt, verbunden [26]). So wie nun dem Vater

auch

23) *L. 7. §. 2. D. de rebus eor. qui ſub tut. vel cura ſunt.* Si pater tutor ſit alicui ex liberis, an praetor adeundus ſit, ſi obligare velit? Et magis eſt, ut debeat: pronior tamen eſſe debet Praetor, ad conſentiendum patri.

24) *L. 18. §. 1. D. de caſtr. pecul. L. 2. D. de Senatusconſ. Macedon. Nov. CXVII. cap. 1.*

25) Renthe §. 27. S. 53. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 568. et 583.

26) LEYSER Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 1. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. T. II. P. I. Obſ. 543. et 560. SCHAUMBURG

auch ſogar die Veräuſſerung ſolcher Güter erlaubt iſt, inſofern es entweder die dringende Noth erfordert, oder der offenbare Nutzen der Kinder die Veräuſſerung rechtfertiget [27]), und hierzu nicht einmahl ein richterliches Decret nöthig iſt [28]); ſo kann auch der Vater unter dieſer Vorausſetzung, daß der Vergleich nöthig, oder den Kindern nützlich iſt, ohne Decret über ihre Adventitien tranſigiren [29]), wenn ſolches nur mit Einwilligung der Kinder geſchieht [30]). Wären hingegen die Kinder noch unmündig oder abweſend, ſo kann der Vater den Vergleich über ihre Adventitien auch ohne deren Einwilligung gültig ſchlieſſen [31]).

Noch

BURG in Compend. iuris Digeſtorum Lib. XV. Tit. 1. §. 11. et 12.

27) *L. 1. Cod. de bon. matern. L. 4. in fin. L. 8. §. 4. et 5. C. de bon. quae lib.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 576.

28) *L. 3. C. quando decreto opus non ſit.* GAILIUS Lib. II. Obſ. 72. nr. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XV. Tit. I. §. 23. WERNHER Obſ. for. T. I. P. III. Obſ. 35. LEYSER Specim. CLXV. medit. 9. Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 103. *de* CRAMER Tom. IV. Obſ. 1208. in fin. Hoſchers Samml. merkwürdiger am kaiſerl. Reichs-Cammergericht entſchiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 61. folgg. S. 201. folgg. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 576.

29) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. ALEF cit. Diſſ. de Transactione Cap. III. §. 28.

30) L. 8. *§. 3. Cod. de bon. quae lib. Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diſſ. de diverſo iure patris in peculio adventitio pro diverſa liberorum aetate. *Marburgi* 1753. §. 16.

31) In der angeführten L. 8. §. 3. *C. de bonis, quae liberis* heißt es nämlich: adhibeatur autem etiam filiorum conſenſus,

niſi

Noch eine Frage iſt hier zu entſcheiden übrig, nämlich ob der Ehemann über das Vermögen ſeiner Ehefrau einen gültigen Vergleich ſchlieſſen könne? Man unterſcheide, ob von Dotal- oder Paraphernalgütern der Frau die Rede iſt. In dem erſtern Falle iſt der Vergleich inſofern gültig, als dadurch entweder der Ehefrau das Heyrathsgut erhalten wird, oder der Ehemann ſonſt befugt iſt, res dotales zu veräuſſern [32]). Auſſerdem iſt der Vergleich nichtig, und für die Frau unverbindlich, woſern nicht etwa der Ehemann das Heyrathsgut nach der Frauen Tode lucrirt [33]). Ueber die Paraphernalgüter der Ehefrau hingegen kann der Ehemann ohne beſondern Auftrag und Einwilligung derſelben nicht tranſigiren [34]).

§. 353.

niſi adhuc *in prima aetate ſint conſtituti*, aut *longe abſint*. Daß hier unter der *prima aetate* die Unmündigkeit, nicht aber, wie VOET c. l. dafür hält, die Minderjährigkeit zu verſtehen ſey, erhellet aus der L. 30. C. *de epiſcop. audient.* und L. 10. C. *de impuber. et aliis ſubſtitut.* Man ſehe hier vorzüglich HOMBERGK cit. Diſſ. §. 11—13.

32) L. 42. *D.* L. 10. *C. de iure dot.*

33) Arg. L. 17. *D. de fundo dot.* Man ſehe hier vorzüglich *Franc.* ALEF cit. Diſſ. de Transactione Cap. III. §. 30.

34) L. 8. *C. de pact. conv.* a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCI. medit. 5. pag. 154. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. I. Faſc. II. Obſ. 165. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den preußiſchen Staaten. 6. Sammlung S. 28. folgg. Dieſem iſt auch die L. 11. *pr. C. eodem.* nicht entgegen, denn dieſes Geſetz iſt von einem ſolchen Falle zu verſtehen, da die Frau dem Ehemann auſſer ihrem Heyrathsgute gewiſſe Capitalien überlaſſen hat, in dieſem Falle kann der Mann freylich darüber litigiren und tranſigiren, ohne

daß

§. 353.

Ueber welche Sachen kann ein Vergleich geſchloſſen werden, über welche nicht?

Zur Gültigkeit eines Vergleichs wird nun inſonderheit erfordert, daß der Gegenſtand deſſelben der willkührlichen Entſcheidung und Diſpoſition der Tranſigenten müſſe überlaſſen ſeyn. Daher gilt

a) kein Privatvergleich zwiſchen Ehegatten, welcher die Trennung einer unter ihnen noch beſtehenden gültigen Ehe zum Zweck hat. Denn eine unter dem Schutze und Anſehen der Obrigkeit errichtete eheliche Geſellſchaft kann ohne ihren Einfluß und Genehmigung nicht getrennt werden [35]. Nach dem kanoniſchen Recht ſoll zwar ein ſolcher Vergleich durchaus nicht gelten, wenn er auch gleich mit Vorwiſſen und Genehmigung des geiſtlichen Richters wäre eingegangen worden [36]; allein da ſich dieſe Vorſchrift auf die Lehre des päbſtlichen Rechts vom Sacramente der Ehe bezieht, nach welcher das Band der Ehe bey den Katholiken unauflößlich iſt, ſo kann ſolche bey den Proteſtanten eigentlich keine Anwendung finden. Man behauptet daher nicht

daß ein beſonderer Auftrag oder Genehmigung erfordert wird, wie PUFENDORF in Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 12. bemerkt hat.

35) VINNIUS de Transact. Cap. IV. §. 12. VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 15. a PUFENDORF Obſervat. iur. univ. T. III. Obſ. 45. §. 1. und Carl Wilh. Roberts rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe und die Art ihrer Stiftung im proteſtant. Teutſchlande. Frankf. und Leipzig 1787. 8. 3. Abth. §. 12.

36) *Cap. fin. X. h. t.*

nicht ohne Grund, daß unter Proteſtanten auch in Eheſachen zum Zweck der Trennung der Ehe ein gültiger Vergleich eingegangen werden könne, wenn ſolches mit Genehmigung der geiſtlichen Obrigkeit in einem ſolchen Falle geſchieht, in welchem überhaupt eine Eheſcheidung zuläſſig iſt [37]). Ein Privatvergleich hingegen, welcher ohne Vorwiſſen der Obrigkeit über die Aufhebung einer gültigen Ehe geſchloſſen worden iſt, iſt ungültig, wenn er gleich mit einem Eide wäre bekräftiget worden [38]). Sollte es indeſſen noch zweifelhaft ſeyn, ob unter den Tranſigenten eine wirkliche Ehe vorhanden ſey, ſo iſt ein Privatvergleich, wodurch ſich die Partheyen auseinander ſetzen, ſelbſt nach dem kanoniſchen Rechte nicht für ungültig zu halten [39]). Es hat auch keinen Zweifel, daß bloſe Eheverlöbniſſe ohne Vorwiſſen der geiſtlichen Obrigkeit vermittelſt eines Transacts wieder aufgehoben werden können [40]). Ein Vergleich von der Art iſt auch nach dem kanoniſchen Rechte gültig [41]). Denn ſo wie Sponſalien ohne Auctorität der geiſtlichen Obrigkeit durch den bloſen Vertrag der Partheyen eingegangen

37) Man ſehe *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de vi transactionis contra matrimonium. *Halae* 1757. §. 12. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 243. Renthe im angef. Verſuche §. 45. S. 105.

38) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 5.

39) *Cap.* 2. X. *de clandeſt deſponſat.* CARPZOV iurisprud. conſiſtorial. Lib. II. Tit. XIV. Definit. 233. *I. H.* BOEHMER ius eccleſ. Proteſtant. T. I. Lib. I. Tit. 36. §. 4.

40) PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 45. §. 2. BOEHMER cit. loc. Renthe §. 46.

41) *Cap.* 2. X. *de ſponſal.*

gangen werden, ſo können ſie auch mit beyder Theile Einwilligung, ohne Vorwiſſen des Conſiſtoriums, wieder aufgehoben werden [42]).

b) Zu den Gegenſtänden, worüber man, ohne Einwilligung der Obrigkeit, nicht tranſigiren kann, gehören auch Alimente, die einem in einer letzten Willensverordnung vermacht worden ſind. Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß Perſonen, denen jährlich gewiſſe Renten zu ihrer Nahrung, Kleidung, Wohnung, und andern Bedürfniſſen ausgeſetzt worden [43]), ſehr leicht geneigt ſind, auf ihre Forderung gegen eine gewiſſe Summe Geldes, die ihnen auf einmahl bezahlt wird, ewige Verzicht zu thun, ohne auf die Zukunft zu rechnen, und hernach dem Staat zur Laſt fallen. Deswegen hat Kr **Marcus** wohlbedächtig verordnet, daß ein Vergleich über dergleichen Alimente nicht anders, als nach vorgängiger gerichtlichen Unterſuchung und Genehmigung ſtatt finden ſolle [44]). Man hat hier wohl zu

 bemer-

42) *Ge. Frid.* DEINLIN Diſſ. de mutuo diſſenſu ſponſalitio ſolo absque conſiſtorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci. *Altorf.* 1746. *Ioſ. Ant. a* RIEGGER Inſtitut. iuris eccleſ. P. IV. §. 25. EYBEL Introduct. in ius eccleſ. Catholicor. T. IV. Lib. II. Cap. XIII. §. 351. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 372.

43) L. 8. *§.* 1. *D. h. t.* Praetoris notio ob transactionem erit, ſive habitatio, ſive veſtiarium, ſive de praediis alimentum legabitur. *§.* 14. *ej.* L. De calciario quoque arbitrio Praetoris tranſigendum eſt. L. 6. *D. de aliment. et cibar. legat.* Legatis alimentis cibaria, et veſtitus, et habitatio debebitur, quia ſine his ali corpus non poteſt.

44) L. 8. *pr. D. h. t.* Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile tranſigerent, contenti modico praeſenti; Divus MARCUS ora-

bemerken, daß das Geſetz ausdrücklich nur von ſolchen Alimenten redet, welche in einem letzten Willen, nämlich in einem Teſtament, Codicill, oder einer Schenkung von Todeswegen hinterlaſſen worden ſind[45]). Mit Alimenten, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtiget iſt, verhält ſich die Sache ganz anders. Ueber ſolche kann ein Transact auch ohne Mitwirkung des Richters eingegangen werden[46]). Denn hier finden nicht eben die Gründe ſtatt, welche bey den in einer letztern Willensverordnung hinterlaſſenen Verpflegungsgeldern beabſichtiget worden ſind. Hier handle ich durch den Transact nicht gegen die Abſicht und den Willen meines Wohlthäters; hier ſind auch die Perſonen, welche Alimente zu fordern haben, mehrentheils nicht ſo dürftig, als bey Alimenten aus einem Teſtament. Es iſt auch zwiſchen Rechten, die mir aus einem Teſtament, und ſolchen, die mir aus einem Vertrage zuſtehen, ein ganz verſchiedenes Verhältniß. Jeder kann der Regel nach ſeinem Rechte, das ihm vermöge eines Vertrags zuſteht, entſagen, er kann damit nach Willkühr und eigenem Gutbefinden

oratione in Senatu recitata effecit: *Ne aliter alimentorum transactio rata eſſet, quam ſi auctore Praetore facta.* Sehr ausführlich hat dieſe Verordnung des Kaiſer Marcus erläutert *Scip.* GENTILIS in libro ſingul. de alimentis. *Frfti* 1606. 8.

45) L. 8. §. 2. *D. h. t.* Haec oratio pertinet ad alimenta, quae teſtamento vel codicillis fuerint relicta, ſive ad teſtamentum factis, ſive ab inteſtato. Idem erit dicendum, etſi mortis cauſa donatione relicta ſint: vel ab eo, cui mortis cauſa donata, relicta ſunt. Sed et ſi conditionis implendae gratia relicta ſunt: adhuc idem dicemus. S. WAECHTLER in Opuſcul. pag. 717.

46) L. 8. §. 2. *D. eod.* Plane de alimentis, quae non mortis cauſa donata ſunt, licebit et ſine Praetore auctore tranſigi.

finden ſchalten, wenn ſolches nur ohne Nachtheil eines Dritten geſchieht. Hingegen bey Rechten aus einem Teſtament haben die Geſetze ein beſonderes Augenmerk auf die Erhaltung des Anſehens letzter Willensverordnungen. Es iſt ihnen daran gelegen, daß die wohlthätige Abſicht des Erblaſſers, ſo viel möglich, erreicht werde. Bey Alimenten aus einem Vertrage tritt endlich noch der Grund ein: wie eine Verbindlichkeit entſtanden iſt, ſo kann ſie auch wieder aufgehoben werden. So wie nun die Verbindlichkeit, ſolche Alimente zu reichen, durch wechſelſeitige Einwilligung der Partheyen begründet worden, ſo kann ſie auch durch Vergleich wieder aufgehoben werden 47). Wie aber, wenn das Recht, Alimente zu forden, aus einer geſetzlichen Verordnung entſpringt? Ein ſolcher Vergleich muß unſtreitig unter Aufſicht der Richters geſchloſſen werden. Denn ſolche

47) Hiermit ſtimmen überein FABER in Rational. ad L. 8. §. 2. D. h. t. DUARENUS Disputat. anniverſ. Lib. I. cap. 44. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. VINNIUS de Transactionibus cap. VI. §. 13. NOODT de pactis et transactionib. cap. XVII. §. *Prohibet.* (*Oper.* T. I. pag. 533.) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. in fin. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. VII. Except. 2. ALEF in Diſſ. de Transactione Cap. VII. §. 79. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 243. POTHIER Pandect. Iuſtinian. h. t. Sect. II. Nr. XXIV. Renthe §. 39. u. a. m. Claproth in ſeiner theor. practiſchen Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 188. nr. 1. S. 365. iſt zwar anderer Meinung; allein ſie iſt der Verordnung des Kr. Marcus nicht gemäß, welche de caſu ad caſum nicht extendirt werden kann, wo der Grund derſelben nicht vorhanden iſt, wie auch ſchon Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. VII. not. x. gegen Claproth ſehr richtig erinnert hat.

Perſonen, welchen vermöge der Geſetze die Alimente gebühren, haben dieſe zur Erhaltung ihres Lebens insgemein nöthig, und wie leicht könnte daher Nachtheil für den Staat entſtehen, wenn der Vergleich darüber bloß der eigenen Willkühr der Partheyen überlaſſen wäre [48])? So muß daher z. B. der Vergleich, den der Schwängerer mit der Geſchwächten über den Unterhalt des unehelichen Kindes ſchließt, gerichtlich mit Zuziehung eines dem Kinde zu beſtellenden Vormundes geſchloſſen werden [49]). Alimente können ferner entweder rückſtändige ſeyn, welche man für die vergangene Zeit noch zu fordern hat, (*alimenta praeterita*) oder ſolche, die mir der andere erſt für die Zukunft zu leiſten verbunden iſt, (*alimenta futura*). Ueber rückſtändige Verpflegungsgelder ſteht es mir jederzeit frey, mit meinem Schuldner einen auſſergerichtlichen Vergleich zu ſchlieſſen [50]). Denn die vergangene Zeit habe ich nun ſchon überlebt, für dieſe brauche ich keine Alimente mehr. Meine Forderung nimmt alſo nun die Natur eines bloſen Ver-

48) *Io. God.* BAUER Diſſ. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. (*Lipſiae* 1727.) §. 3. Renthe im angef. Verſuch §. 40.

49) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Coroll. 2. pag. 174. von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 482. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Hptabth. 3. Hauptſt. §. 57. S. 303. Claproth a. a. O. §. 188. nr. 4. S. 366.

50) L. 8. *Cod. h. t.* De alimentis praeteritis, ſi quaeſtio deferatur, tranſigi poteſt. De futuris autem ſine Praetore, ſeu Praeſide interpoſita transactio nulla auctoritate iuris cenſetur.

Vermächtniſſes an. Der Staat und das gemeine Beſte hat alſo von einem ſolchen Vergleich keinen Nachtheil [51]). Iſt aber von zukünftigen Alimenten die Rede, ſo iſt der Vergleich darüber in der Regel anders nicht gültig, als wenn er nach vorhergegangener Unterſuchung des Richters beſtätiget worden iſt. Ohne dieſe obrigkeitliche Genehmigung iſt der Vergleich, der über zukünftige Alimente auſſergerichtlich geſchloſſen worden iſt, null und nichtig, es wäre denn, daß er für denjenigen, welchem die Alimente gebühren, vortheilhaft wäre, weil in einem ſolchen Falle weder dem Staate durch einen ſolchen Transact nachtheilige Folgen erwachſen, noch auch dem Willen des Teſtirers, welchem die Erhaltung und Verſorgung des Legatars am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. Dahin gehört z. B. wenn ich durch den Vergleich erlange, daß mir von den Verpflegungsgeldern alle Monate etwas gewiſſes ausgezahlet wird, die ich nach dem Teſtamente eigentlich erſt am Ende eines jeden Jahres erhalten ſollte [52]); oder wenn mir Getraide zum Unterhalt vermacht worden, und ich bekomme dafür durch den Vergleich jährlich oder monatlich ein gewiſſes Geldquantum [53]); oder es iſt mir Geld zur Wohnung vermacht worden, und einer giebt mir für das Geld eine lebenslängliche gute Wohnung [54]). Auſſerdem behauptet man h. z. T. nach den Grundſätzen des kanoniſchen Rechts, daß ein über zukünftige Alimente auſſergerichtlich ge-

51) VINNIUS de Transactionib. Cap. VI. §. 1. VOET h. t. §. 14. und Renthe §. 38.

52) L. 8. §. 6. *D. h. t.*

53) L. 8. §. 24. *D. eod.*

54) L. 8. §. 25. *h. t.*

geſchloſſener Vergleich alsdann für gültig zu halten ſey, wenn er mit einem Eide bekräftiget worden [55]; welche Meinung jedoch darum noch vielen Zweifeln unterworfen iſt, weil das Geſetz nicht blos den Nutzen des zu Verpflegenden, ſondern zugleich das Beſte des Staats beabſichtiget, welchem durch den Eid kein Eintrag geſchehen kann, und das kanoniſche Recht, wie wir ſchon bey einer andern Gelegenheit bemerkt haben [56], keine einzige allgemeine Verordnung für die Gültigkeit des Eides bey ungültigen Geſchäften enthält, ſondern nur in gewiſſen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegt, die er ſonſt nach den Grundſätzen des Vernunftrechts und der Civilgeſetze nicht haben würde [57]. Es entſteht hierbey die Frage, wer in Abſicht auf die gerichtliche Unterſuchung und Beſtätigung eines Vergleichs über zukünftige Alimente iudex competens

55) COLERUS de alimentis Lib. II. cap. 8. nr. 24. ſeqq. SURDUS de aliment. Tit. VIII. Qu. 56. nr. 42. ſeqq. VINNIUS de Transaction. cap. VI. §. 17. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 24. §. 30. STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 11. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VII. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 8. Cod. de Transact. Claproth in der angef. Rechtswiſſenſchaft §. 194. Renthe §. 38. S. 90. folg.

56) S. den 4ten Th. dieſes Commentars §. 341. S. 557.

57) Nicht ohne Grund verwerfen daher jene gemeine Meinung *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diſſ. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum ſervandum eſſe etc. §. 8—10. *Franc.* ALEF in cit. Diſſ. de Transactione Cap. VII. §. 80. AYRER Diſſ. de abuſu iuramentorum §. 45. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. §. 118. pag. 511. ſeqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. w. pag. 271. u. a. m.

tens ſey? Bey den Römern mußte der Richter eine ſolche Magiſtratsperſon ſeyn, welche legis actionem hatte [58]; alſo der Prätor, oder der Präſes in der Provinz waren dazu authoriſirt, zuweilen auch der Procurator Caeſaris, wenn man die Alimente von dem Fiscus zu fordern hatte [59]) Heutiges Tages iſt der competente Richter derjenige, unter welchem der zu Verpflegende wohnt, oder ſonſt für ſeine Perſon ſteht, wenn er etwa einen privilegirten Gerichtsſtand hat [60]). Sind jedoch die Alimente aus einem gewiſſen Grundſtück vermacht worden, welches deßwegen geſetzlich verpfändet iſt [61]), ſo kann auch der Richter, unter deſſen Gerichtsbarkeit dieſer fundus gelegen iſt, den Vergleich beſtätigen [62]). Dem Richter liegt übrigens die Pflicht ob, bey Unterſuchung des zu beſtätigenden Vergleichs die möglichſte Vorſicht und Genauigkeit zu beobachten, und zwar hat der Richter nach Vorſchrift der L. 8. §. 8. D. h. t. die Unterſuchung auf drey Hauptpuncte zu richten; 1) auf die Urſache des Vergleichs; 2) auf die Bedingungen deſſelben; und 3) auf den Character

D 5 der

58) S. den 3ten Th. dieſes Commentars §. 184. Nr. V. S. 9.

59) L. 8. §. 18. et 19. *D. h. t.*

60) S. Claproths Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 190. Hiermit ſtimmt auch das neue Preuß. Geſetzbuch 1. Th. 16. Tit. §. 413. überein.

61) *L.* 2. §. 1. *D. de alim. et cibar. legat.* *L.* 1. *Cod. commun. de legat.*

62) Arg. *L.* 16. *Cod. de praed. et aliis reb. minor. ſine decreto non alien.* wo es heißt: ſine decreto praeſidis provinciae, in qua ſitum. Man ſehe COLERUS de alimentis Lib. II. cap. 8. nr. 45. pag. 739.

der Perſonen, welche den Vergleich mit einander ſchlieſſen. In Abſicht auf den erſten Punct hat der Richter wohl zu erwägen, ob die Urſache, warum der Vergleich geſchloſſen wird, gegründet und erheblich ſey, oder nicht, indem in dem letztern Falle die gerichtliche Einwilligung ſchlechterdings abgeſchlagen werden, und es bey dem einmahl feſtgeſetzten Unterhalt unabänderlich verbleiben muß [63]). Erhebliche Urſachen ſind, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derſelben in Anſehung des Wohnorts entfernt ſind; oder der zu Verpflegende ſeinen bisherigen Wohnſitz verändern will, und in dieſer Rückſicht bey Ueberlieferung der Verpflegungsgelder Schwierigkeiten entſtehen; oder wenn derſelbe eine Geldſumme zu einem gewiſſen für ihn vortheilhaften Unternehmen auf einmahl nöthig hat; oder wenn er ſich die Alimentengelder von mehreren Perſonen muß auszahlen laſſen, deren terminliche Beytreibung mit vielen Beſchwerlichkeiten verknüpft iſt, u. d. m. [64]). Ohne alle Urſache muß der Vergleich niemahlen zugelaſſen werden; es iſt vielmehr der Vergleich null und nichtig, den der Richter, ohne vorhergegangene Unterſuchung der Urſache, beſtätiget hat [65]). In Abſicht auf den andern Punct muß der Richter vorzüglich in Erwägung ziehen, ob auch der Abfindungsbetrag (modus pecuniae, quae in transactionem venit,) mit dem Alter und der Geſundheit oder Schwächlichkeit des Empfängers in einem billigen Verhältniß ſteht. Denn bey einem Kinde ſind natürlicher Weiſe andere Grundſätze wegen

63) L. 8. §. 9. *D. h. t.*

64) L. 8. §. 9. *in fin. D. h. t.*

65) L. 8. §. 17. *D. h. t.*

wegen der muthmaßlichen Lebensdauer und des darnach zu beſtimmenden Abfindungsbetrags zur Richtſchnur zu nehmen, als wenn der zu Verpflegende ein Jüngling, Mann oder Greiß iſt [66]. Endlich in Abſicht auf den dritten Punct muß der Richter zuerſt auf die Perſon desjenigen ſehen, der die Alimente zu fordern hat, ob er ſparſam iſt, oder zur Verſchwendung Hang hat; ferner ob er ſonſtige ſichere Unterhaltungsmittel vor ſich hat, wovon er zur Noth leben kann, oder ob er blos von dem hinterlaſſenen Unterhalt leben muß; indem in den erſtern Fällen der Vergleich mit weniger Bedenklichkeit beſtätiget werden kann, als in den andern. Der Richter muß aber auch auf die Perſon desjenigen Rückſicht nehmen, welcher die Alimente zu leiſten verbunden iſt, ob dieſer ein ſicherer und ehrlicher Mann ſey; aus dieſen und dergleichen Umſtänden wird ſich leicht beurtheilen laſſen, ob hinter den Vergleich ein Betrug ſteckt, oder nicht [67]? Dieſe Vorſchrif-

66) L. 8. §. 10. *D. h. t.* S. *Frid. Aug.* SCHMELZER Comment. de probabilitate vitae eiusque uſu forenſi. *Goett.* 1787. 8. und Claproth a. a. O. §. 192. S. 371.

67) *L.* 8. §. 11. *D. h. t.* In dieſer Stelle iſt man über die Leſeart der Worte nicht einig: cuius vitae ſint hi, quibus alimenta relicta ſunt: utrum frugi vitae hi ſint, qui alias ſufficere ſibi poſſint, an *ſequioris*, qui de alimentis pendeant. Einige wollen nämlich ſtatt *ſequioris* vielmehr ſegnioris leſen, wie RUSSARDUS, DUARENUS Diſputat. anniv. Lib. II. c. 31. und CONSTANTINAEUS ſubtilium enodation. Lib. I. cap. 5. (Tom. IV. *Theſ. Ottonian.* pag. 491.) Andere hingegen leſen *nequioris*, wie BUDAEUS in Annotation. in Pandect. (*Lutetiae* 1556. f.) ad h. L. pag. 92. b. und FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 5. (T. II. *Theſ. Otton.* pag. 50.) Die gemeine Leſeart vertheidigen

ſchriften müſſen bey der Beſtätigung des Vergleichs ſo pünctlich beobachtet werden, daß wenn etwas bey dieſer Unterſuchung verſehen worden, der ganze Vergleich, des richterlichen Anſehens ungeachtet, nichtig iſt [68]. Sollte der über Alimente ungültig geſchloſſene Vergleich bereits vollzogen ſeyn, ſo wird das, was vermöge deſſelben gegeben worden iſt, auf die Alimente der vergangenen Zeit abgerechnet, für die Zukunft aber bleibt des zu Verpflegenden Forderung unvermindert. Iſt hingegen der zu Verpflegende durch das, was er aus dem nichtigen Vergleiche erhalten, reicher geworden, ſo kann ſolches auch von ihm zurückgefordert werden [69]).

Uebrigens geht das Verbot des Krs **Marcus** auch auf andere Verträge und Geſchäfte, welche dem Rechte des zu Verpflegenden in Abſicht ſeines künftigen Unterhalts nachtheilig ſind. Dahin gehört z. B. Veräuſſerung eines zum Unterhalt vermachten Grundſtücks, oder Befreyung eines Grundſtücks, welches zur Sicherheit des Unterhalts verpfändet worden, von der darauf haftenden Hypothec [70]).

c) Da

gen jedoch CUJACIUS Lib. I. Obſervat. cap. 3. und FORSTER Obſervat. ſucciſiv. Lib. I. cap. 22. (T. II. *Theſ. Otton.*) Vitae ſequioris wäre alſo ſoviel als vitae deterioris, und ſoll einen faulen, nachläßigen Menſchen bezeichnen.

68) *L.* 8. §. 17. *D. h. t.* Sed et ſi non de omnibus inquiſierit, quae Oratio mandat, hoc eſt, de *cauſa*, de *modo*, de *perſonis tranſigentium*; dicendum eſt, quamvis de quibusdam quaeſierit, transactionem eſſe irritam.

69) L. 8. §. 22. *D. h. t.*

70) L. 8. §. 15. *D. h. t.*

c) Da auch öffentliche Strafen wegen begangener Verbrechen der Willkühr der Privatperſonen nicht unterworfen ſind, ſo kann ein Vergleich von keiner rechtlichen Wirkung ſeyn, der zur Verheimlichung eines Verbrechens unmittelbar über dieſe geſchloſſen wird [71]). Die öffentliche Strafe kann dadurch nicht aufgehoben werden, es kann auch ein ſolcher Vergleich den Richter nicht hindern, das Verbrechen von Amtswegen zu rügen [72]). Hingegen über das Privatintereſſe des Beſchädigten kann zwiſchen ihm und dem Verbrecher ohne Zweifel ein Vergleich eingegangen werden, weil dieſer Gegenſtand ihrer Privatverfügung unterworfen iſt. Ein ſolcher Vergleich hebt nicht nur die Klage auf Schadenserſatz auf, ſondern mildert auch zuweilen mittelbarer Weiſe die Strafe, wenn nämlich das Geſetz den Nachtheil des Beſchädigten zum Hauptmaasſtab der Strafe angenommen hat, wie z. B. beym Diebſtahl, Fäl-

71) L. 7. §. 14. *D. de pact.* Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laeſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. *L.* 27. §. 4. *D. eod.* Item, *ne experiar interdicto unde vi*, quatenus publicam cauſam contingit, paciſci non poſſumus. Et in ſumma ſi pactum conventum a re privata remotum ſit, non eſt ſervandum. *L.* 5. *pr. D. de pactis dotalib.* — ne publica coercitio privata pactione tollatur.

72) Art. 214. der Peinl. Gerichtsordnung Carls V. „und wo der Beſchädigte nit peinlich klagen wolt, ſo ſoll dennoch die Oberkeyt den Thäter nichts deſto weniger von Ampts wegen rechtfertigen, und nach Gelegenheyt der Perſon und Ueberfarung ſtraffen laſſen.“ Add. *L.* 2. *C. de abolit.* S. BOEHMER ad *Carpzovium* Quaeſt. CXLVIII. Obſervat. 1.

Fälſcherey u. d. [73]). Das römiſche Recht unterſcheidet noch inſonderheit zwiſchen öffentlichen und privat Verbrechen, und erlaubt zwar in Anſehung der letztern, z. E. bey Injurien, Diebſtählen, und ſolchen widerrechtlichen Beſchädigungen, welche das Aquiliſche Geſetz rügt, den Privatvergleich mit der Wirkung, daß die Klage des Beſchädigten auf die ihm gebührende Privatſtrafe nicht ſtatt findet [74]), weil darunter nicht das allgemeine Beſte, ſondern nur das Privatintereſſe des Tranſigenten litte; hatte indeſſen das Verbrechen die Infamie zur Folge, wie z. B. der Diebſtahl, ſo vermied der Angeſchuldigte ſolche durch den Transact nicht [75]), weil man ihn nun für einen ſolchen hielt, der durch das Anerbieten des Vergleichs das ſchuldgegebene Verbrechen wirklich eingeſtanden habe [76]): wofern nicht etwa der Vergleich unter richterlicher Auctorität geſchloſſen worden [77]). Bey den öffentlichen Verbrechen hingegen ſtellt das Römiſche Recht andere Grundſätze auf. Es unterſcheidet zwiſchen Capitalverbrechen, worauf eine

73) Art. 112. 113. u. 160. der P. G. O. Carls V. BOEHMER c. l. Quaeſt. CXLVIII. Obſ. 3. Kleinſchrods ſyſtematiſche Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 89.

74) *L. 54. §. ult. D. de furtis.* Si tutor tranſegit cum fure, evaneſcit furti actio. *L. 7. §. 14. in fin. de pactis.* Nam et de furto paciſci Lex permittit.

75) *L. 4. §. ult. D. de his, qui not. infamia.*

76) *L. 5. D. eodem.* Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur.

77) *L. 6. §. 3. D. eodem.* Qui iuſſu praetoris, pretio dato, pactus eſt, non notatur. S. NOODT Diocletian. et Maximian. ſive de transactione et pactione criminum. Cap. 4.

eine Todesſtrafe ſtehet, und andern öffentlichen Verbrechen, die nicht capital ſind[78]). Bey den öffentlichen Verbrechen der erſtern Art wird es für unſträflich gehalten, einen Vergleich zu ſchlieſſen. Der Grund hiervon, wie ihn Ulpian[79]) angiebt, iſt, weil derjenige billig Verzeihung verdient, welcher ſein Leben, ſo gut er kann, zu retten ſucht[80]). Ein ſolcher Vergleich war jedoch nur erlaubt, ehe die Anklage angeſtellet ward[81]). Denn war die Anklage

78) *L.* 18. *Cod. de Transact.* Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt; in aliis autem publicis criminibus, quae ſanguinis poenam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.

79) *L.* 1. *D. de bonis eorum, qui ante ſentent.* In capitalibus criminibus a Principibus decretum eſt, non nocere ei, qui adverſarium corrupit: ſed in his demum, quae poenam mortis continent. *Nam ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemtum voluit.*

80) Ob auch der Ankläger ſtraffrey geweſen, der ſich verglichen hatte, iſt zweifelhaft. NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 12. et 13. läugnet dieſes, und glaubt, der Ankläger ſey allezeit ſtraffällig geweſen, wenn er, es ſey vor oder nach angeſtellter Anklage geſchehen, Geld genommen hätte, um von der Anklage abzuſtehen. Allein die *L.* 18. *C. h. t.* redet ganz allgemein, und ſchließt den Ankläger nicht aus. Es wäre auch wirklich ganz inconſequent, wenn das Geſetz dem Angeklagten verzeihen, und den Ankläger, ohne dem doch der Vergleich nicht geſchloſſen werden konnte, deßhalb hätte ſtrafen wollen. Man ſehe DONELLUS ad L. 18. C. h. t. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 19. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. VIII. Not. z. p. 273. und Kleinſchrod a. a. O. §. 91. S. 209.

81) *Io. Iac.* WISSENBACHII Commentat. cathedrar. in libros VII. priores Cod. Iuſtin. ad L. 18. Cod. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING

klage einmahl angeſtellt, ſo konnte der Ankläger, ohne Abolition zu erhalten, nicht von der Anklage abſtehen, ſonſt hatte er nebſt der Infamie noch andere Strafen zu erwarten [82]). Es wurde auch durch einen ſolchen Vergleich das Verbrechen ſelbſt nicht aufgehoben, wie Cujaz [83]) behaupten will, ſondern die Wirkung deſſelben beſtand bloß darin, einmahl daß der Ankläger nun nie wieder anklagen konnte, welcher ſich einmahl verglichen hatte [84]); und zweytens, daß man den Angeſchuldigten nicht geradezu für geſtändig und überwieſen erklären konnte [85]), denn man glaubte, daß nicht ſowohl Gewiſſensangſt, als Furcht vor der groſſen Gefahr, welche die Betrachtung des ungewiſſen Ausgangs eines Criminalproceſſes erweckt, ihn veranlaßt habe, ſeinen Gegner zu beſtechen, um ihn von der Anklage abzuhalten [86]). Da nun aber freylich der Ankläger nur über ſein Recht tranſigiren konnte, ſo hinderte der Vergleich keinen andern, die Anklage dieſes Verbrechens dennoch

TING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 10. Kleinſchrod a. a. O. §. 90. Anderer Meinung iſt jedoch VOET h. t. §. 19.

82) *L. 1. §. 7. et* 10. *L. 15. pr. D. ad SCtum Turpill. L. 1. et 2. Cod. eodem. L. 6. §. 3. D. de decurion.*

83) Lib. VI. Obſervat. cap. 11.

84) *L. 2. L. 15.* §. 4. *D. ad SCtum Turpillian. L. 3. C. eod.*

85) *L. 7. D. de praevaricator.* In omnibus cauſis, *praeterquam in ſanguine*, qui delatorem corrupit, ex Senatusconſulto pro victo habetur. Man vergleiche hier *Hubert.* GIPHANII Explanat. difficilior. Legum Cod. Iuſtin. ad L. 18. C. h. t. pag. 58.

86) WISSENBACH cit. loc. §. 4. pag. 79.

noch zu unternehmen [87]). In Capitalfällen konnte alſo derjenige nach Röm. Recht nicht geſtraft werden, der Geld gab oder nahm, um eine künftige Anklage von ſich abzuwenden, oder zu unterlaſſen. Nur in Anſehung des Ehebruchs fand eine Ausnahme ſtatt [88]), weil man einen Vergleich darüber

87) *L.* 5. *D. ad L. Iul. de vi publ.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. XI. DONELLUS in Commentar. ad L. 18. C. h. t. nr. 4. p. 97. WISSENBACH c. l. §. 4. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VIII.

88) Mehrere Rechtsgelehrten wollen die Worte: excepto adulterio in der *L.* 18. *C. h. t.* für einen Zuſatz des Tribonians halten, welcher aus der *L.* 10. *Cod. ad L. Iul. de adulter.* gefloſſen ſey. Denn man glaubt, daß der Ehebruch zu den Zeiten der Kr. Diocletian und Maximian noch kein Capitalverbrechen geweſen, ſondern erſt vom Kr. Conſtantin dem Großen dafür erklärt worden ſey. *L.* 30. §. 1. *C. ad L. Iul. de adult.* Dieſer Meinung ſind vorzüglich NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 15—19. WISSENBACH ad L. 18. C. h. t. §. 5. CUJACIUS lib. VI. Obſ. 11. DONELLUS ad cit. L. 18. nr. 6. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 11. ECKHARD in Hermeneut. iuris Lib. I. cap. 6. §. 259. WALCH in notis ad *Eundem* h. l. pag. 468. und *Guil. Otto* REITZ Excurſ. XX. ad *Theophili* paraphr. graec. Inſtitut. Tom. II. pag. 1243. glaubt dieſe Interpolation des Tribonians durch eine Stelle des *Scholiaſtis Baſilikῶν* Tom. I. pag. 810. dergeſtalt auſſer Zweifel geſetzt zu haben, daß er ſagt: *neminem in poſterum eam negare auſurum eſſe.* Ihm ſtimmt auch PÜTTMANN Interpretat. et Obſervat. iur. Rom. cap. XXXV. pag. 191. bey. Deſſen ungeachtet glaube ich noch immer, daß es unnöthig ſey, hier ein Emblema Triboniani anzunehmen. Denn es läßt ſich aus der angeführten *L.* 30. *Cod.* nicht erſehen, daß Conſtantin der Groſſe den Ehebruch zuerſt mit dem Tode beſtraft habe. Es haben vielmehr

 andere

darüber als eine ſtrafwürdige Kuplerey (lenocinium) betrachtete [89]). Bey andern öffentlichen Verbrechen, welche nicht capital ſind, war aller Vergleich unerlaubt und ſtrafbar [90]). Hier konnte jene Schonung, die man in Kapitalfällen für ſo billig hielt, nicht ſtatt finden. Man glaubte vielmehr, der Angeſchuldigte habe den Vergleich aus Bewußtſeyn der ſchuldgegebenen That, und aus Gewiſſensangſt angeboten. Ein ſolcher Vergleich hatte daher die Wirkung, daß der Verdächtige nicht nur für geſtändig und überwieſen, ſondern auch für ehrlos gehalten, der Ankläger aber mit der poena falſi beſtraft wurde [91]). Jedoch galt dieß nur in

andere hinlänglich erwieſen, daß ſchon vor ihm dieſes Verbrechen von verſchiedenen Kaiſern mit der Todesſtrafe belegt worden, alſo die gedachten Worte wohl von Diocletians und Maximians Hand ſeyn können. Man ſehe *Car. Ann.* FABROTTI Exercitat. ad L. 18. C. h. t. (Tom. III. *Theſ. Ottonian.* col. 1224. ſeqq.) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 18. *Car. Ferd.* HOMMEL Diſſ. de transactione ſuper omittenda criminis capitalis accuſatione actori licita. *Lipſiae* 1750. §. 6. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Qu. IX. not. b.

89) *L.* 2. *§.* 2. *L.* 14. *L.* 33. §. 2. *D. ad L. Iul. de adult.* Kleinſchrodt in der angef. ſyſtemat. Entwickelung. 2. Th. §. 91. S. 210. Noch andere Gründe führt DONELLUS ad L. 18. C. h. t. nr. 7. an.

90) Eben dieſes gilt auch von Privatverbrechen, wenn deßhalb criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt wird. S. NOODT in Dioclet. et Maximian. cap. 5. und VINNIUS de Transactionibus Cap. VII. §. 29.

91) de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. X. Mehrere Rechtsgelehrte wollen zwar die Worte *citra falſi accuſationem* in der *L.* 18. *C. h. t.* ſo verſtehen, als ob das crimen falſi eine Ausnahme

in dem Falle, wenn man dem Ankläger Geld oder Geldeswerth gegeben hatte, um ihn von der Anklage abzuhalten [92]); denn war mit dem Vertrage keine Leiſtung verbunden, ſo war er, wenn er nur vor angeſtellter Anklage geſchloſſen worden, ſo unſträflich, wie in Capitalfällen [93]).

E 2 Da

nahme mache, und ein Transact darüber nicht verboten ſey. Dieſe Erklärung ſoll die *L. 7. C. ad L. Cornel. de falſ.* beſtätigen. Man ſehe z. B. VOET h. t. §. 17. Allein dieſe Erklärung iſt der Sache nicht angemeſſen; die Präpoſition *citra* heißt ſoviel als ſine, und in keiner andern Bedeutung haben auch die Kr. Diocletian und Maximian ſie jemalen gebraucht, wie aus mehreren andern Verordnungen derſelben erhellet. S. *L. 19. C. de procurat. L. 24. C. de rei vindic. L. 6. C. Si certum petat. L. 15. C. de iure dot.* In der angeführten *L. 7. C. ad L. Corn. de falſ.* iſt auch von keinem Vergleiche über das Verbrechen der Verfälſchung die Rede, ſondern die Partheyen hatten ſich wegen einer Urkunde verglichen, über deren Aechtheit Zweifel entſtanden war, und es wurde nur gefragt, ob der Vergleich angefochten werden könnte, wenn der Tranſigent ein falſum zu erweiſen im Stande wäre. Dieſes wird verneint. Es iſt alſo hier bloß von der Civilklage die Rede, welche auch *falſi accuſatio* genennt werden kann. *L. 6. §. ult. L. 7. L. 17. pr. D de inoff. teſtam. L. 14. D. de bon. poſſeſſion. L. ult. §. 2. D. de doli mali et met. except.* wie *Hub.* GIPHANIUS in cit. Explanat. difficil. Leg. Cod. pag. 61. ſeq. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 18. C. h. t. nr. 13. *Ger.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 22. *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. *Arn.* VINNIUS in Tr. de transactionib. cap. VII. §. 30—39. und *Ant.* SCHULTING in Prot. h. t. §. 14. längſt bemerkt haben.

92) *L. 4. et 29. pr. D. de iure fiſci. L. 18. Cod. Ex quibus cauſ. infam. irrogat.*

93) Kleinſchrod a. a. O. §. 90. S. 206.

Da ſich dieſe Grundſätze hauptſächlich auf die Römiſche Criminalverfaſſung und die Bemühung der Kaiſer den Fiſkus zu bereichern, beziehen, ſo läßt ſich davon h. z. T. kein Gebrauch machen. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche erwächſt daher aus einem wegen angeſchuldigten Verbrechens angebotenen oder errichteten Vergleiche kein ſtillſchweigendes Bekenntniß. Man pflegt auch einen ſolchen Vergleich heutiges Tages ſo wenig für ein crimen falſi anzuſehen, als denjenigen, der ihn eingegangen, deshalb für ehrlos zu halten [94]).

§. 354.

Unterſchied zwiſchen Transact und *pactum remiſſorium.*

Ein Transact iſt ein oneröſer Bilateral-Vertrag. Er erfordert alſo, daß ſich jede der ſtreitenden Partheyen gefallen laſſe, etwas von ihrer Forderung aufzuopfern, um auf ſolche Art den Streit beyzulegen; es geſchehe nun durch wechſelſeitiges Geben oder Nachlaſſen. Hierdurch unterſcheidet ſich ein Vergleich von einem Erlaſſungsvertrage (*pacto remiſſorio*), wodurch man ſich eines gewiſſen Rechts oder einer Forderung unentgeldlich begiebt. Ein ſolcher Vertrag iſt eine Art von Schenkung [95]), denn meine Abſicht iſt, dem andern eine Forderung zu erlaſſen, die ich rechtmäßig an ihm machen kann. Erlaſſe ich meinem Schuldner, bey einem drohenden oder bereits ausgebrochenen Concurs, nur einen Theil meiner rechtmäſigen Forderung,

94) von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 103.

95) *L. 9. pr. L. 23. pr. D. de donation. L. 12. D. de Novation. L. 25. et 34. Cod. de Transact. Cap. 10. X. de teſtibus.*

rung, um den übrigen Theil derſelben deſto leichter zu erhalten, ſo wird ein ſolcher Vertrag ein *pacum remiſſorium* im eigentlichen Verſtande, oder ein Nachlaßvertrag genennt [96]). Ein Transact ſetzt ferner allemahl ein zweifelhaftes und ungewiſſes Recht voraus, bey einem Erlaſſungsvertrage hingegen begiebt man ſich insgemein einer ſolchen Forderung, oder eines ſolchen Rechts, welches ganz unbezweifelt und ausgemacht iſt [97]). Hieraus erklärt ſich nun die Stelle **Ulpians** [98]), wenn er ſagt: Qui *tranſigit*, quaſi de re dubia et lite incerta, neque finita tranſigit. Qui vero *paciſcitur* [99]), donationis cauſa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Man kann zwar auch einem ſtreitigen Rechte unentgeldlich entſagen, worüber be-

 reits

96) S. Freyh. von Völderndorf Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788.

97) Renthe §. 5. Nr. 4. S. 8. und beſonders *Matth. de* LUTZENBERGER Diſſ. exhib. transactionis notionem eamque ineundi modos ex iuris Rom. principiis, praeſ. GMELIN, *Tubingae* 1795. def. Sect. I. pag. 10. ſeq.

98) *L.* 1. *D. h. t.*

99) So werden die Worte ſowohl in der Taurellianiſchen, als in der Haloandriniſchen und gemeinen Ausgabe der Pandecten unterſchieden. Allein ſchon DUARENUS und DONELLUS haben erinnert, daß das Comma ſchicklicher nach den Worten *donationis cauſa* zu machen ſey; und dieſe Unterſcheidungsart iſt allerdings vorzuziehen, weil, wie auch NOODT de pactis et transactionibus cap. 3. (*Oper.* Tom. I. pag. 490.) bemerkt hat, die Worte *donationis cauſa* und *liberalitate* eine unnütze Tavtologie ſeyn würden, obgleich VINNIUS de Transact. cap. I. §. 7. dennoch für die gemeine Leſeart ſtreitet.

reits ein Proceß anhängig war. Denn **Paulus**[100]) ſagt ausdrücklich: de rebus litigioſis et *convenire* et tranſigere poſſumus. Das Wort *convenire*, welches hier dem *tranſigere* entgegen geſetzt wird, bedeutet aber nichts anders, als donationis cauſa paciſci ſeu debitum remittere gratis[1]). Allein dieß iſt eines Theils doch nur ein ſeltner Fall[2]), andern Theils aber will auch **Ulpian** hier nicht das Gegentheil lehren, ſondern, wie ihn **Noodt**[3]) verſteht, nur ſoviel ſagen, daß man auch eine gewiſſe und unbezweifelte Forderung durch ein pactum remiſſorium erlaſſen könne, dahingegen ein Transact immer über eine ungewiſſe Sache oder über ein ſtreitiges Recht geſchloſſen wird.

§. 355.

Wirkungen des Vergleichs in Abſicht auf das daraus entſpringende Recht.

Durch einen gültig abgeſchloſſenen Vergleich erlangen nun die Partheyen ein vollkommenes Recht, was ihnen, ohne

100) *Lib. I. Sentent. receptar. Tit. I. §. 5.* (in SCHULTING *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 220.)

1) So werden auch in der *L. 25. Cod. h. t.* tranſigere, und donationis cauſa debitum remittere einander ausdrücklich entgegengeſetzt.

2) Einen ſolchen Fall hat WERNHER in Obſervat. for. Tom. II. Part. IX. Obſ. 16. wo der Kläger bereits den Grund ſeiner Klage erwieſen hatte, und nachher liti renunciirte. Hierzu kam, daß der Gegentheil den ſich angemaßten Gegenbeweis hatte deſert werden laſſen, folglich des Klägers Forderung ganz auſſer Zweifel war.

3) c. l. pag. 490. ſeq.

ohne offenbare Ungerechtigkeit, auch nicht einmal von dem Landesherrn ſelbſt, wieder genommen werden kann. Nur in dem einzigen Falle, da nämlich das gemeine Wohl mit dem erworbenen Rechte des einzelnen Unterthans in Colliſion kommt, kann der Unterthan genöthiget werden, ſein aus dem Transact erworbenes Recht, jedoch nur gegen hinlängliche Entſchädigung, aufzuopfern [4]). Ausserdem bleibt es bey dem Ausſpruch der Kaiſer Diocletian und Maximian [5]), daß die Fortſetzung eines Rechtsſtreits, der einmal durch rechtmäſigen Vergleich entſchieden worden iſt, auch nicht einmal durch ein landesherrliches Reſcript zugelaſſen werden dürfe. Auch kein Theil kann ohne des andern Einwilligung vom Transact abgehen, und die aufgegebene Klage von neuen anfangen [6]), wofern nicht eine rechtmäſige Urſache vorhanden iſt, welche denſelben von dem eingegangenen Vergleiche zurück zu treten berechtiget. Wer ohne rechtmäſige Urſach den Vergleich zu halten ſich weigert, und demſelben zuwider handelt, dem kann nicht nur die exceptio pacti et doli entgegen geſetzt werden, ſondern er hat auch die auf den Contraventionsfall ſtipulirte Strafe verwirkt [7]); ja wenn der Vergleich zu deſto mehrerer Sicher-

4) S. Pütters Beyträge zum teutſchen Staats- und Fürſtenrechte 1. Th. Nr. XX. S. 357. ff. und *Io. Chriſt.* MAIER Diſſ. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quaeſita ſubditorum. *Tubing.* 1791. §. 13. ſeqq.

5) *L.* 16. *C. h. t.* Cauſas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali reſcripto reſuſcitari non oportet.

6) *L.* 39. *D. h. t.*

7) *L.* 16. *D. eod.* *L.* 23. *§.* 3. *D. de condict. indeb.* *L.* 37. *C. h. t.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. cit. 16. pag. 235.

heit mit einem Eide bekräftiget worden, ſo ſoll, nach einer gewiſſen Verordnung des Kaiſers Arcadius [8]), derjenige, welcher

Es kann jedoch nicht zugleich die exceptio pacti vorgeſchützt, und auch auf die verabredete Strafe geklagt werden. Sondern iſt mir an der Erfüllung des Transacts gelegen, und ich bediene mich deßhalb der Exception wider die dem Vergleich zuwider angeſtellte Klage meines Gegners, ſo muß ich auf die Conventionalſtrafe Verzicht thun; es wäre denn, daß gleich bey Errichtung des Vergleichs feſtgeſetzt worden, daß im Contraventionsfall, rato manente transactionis placito, die Strafe erlegt werden ſolle. *L.* 10. §. 1. *D. de pact. L.* 15. *D. h. t. L.* 17. *L.* 40. *Cod. eodem.* S. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 16. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Diſputat. X. Th. 29. und Renthe §. 88. u. 89. Man vergleiche auch den 4ten Th. dieſes Commentars §. 340. S. 533. ff.

8) *L.* 41. *Cod. h. t.* Si quis maior annis viginti quinque adverſus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, ſed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit eſſe veniendum, vel interpellando iudicem, vel ſupplicando Principibus, vel non implendo promiſſa: eas autem, *invocato Dei omnipotentis nomine*, eo auctore ſolidaverit: non ſolum notetur infamia, verum etiam actione privatus, reſtituta poena, quae pactis probatur inſerta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit conſecutus: itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura ſervaverint. Ueber die Veranlaſſung und geheimen Abſichten dieſes Geſetzes, wovon Rufinus, an welchen ſolches gerichtet iſt, einen vorzüglichen Antheil haben ſoll, kann man des *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theodoſ. ad L. 8. h. t. Tom. I. pag. 156. (edit. *Ritter.*) nachſehen. Es läßt ſich indeſſen an dem heutigen Gebrauche deſſelben nicht zweifeln, welchen RICHTER Conſilior. et Reſponſor. Vol. II. Conſil.

welcher einen ſolchen Transact betrügeriſcher Weiſe bricht, vorausgeſetzt, daß er die Jahre der Volljährigkeit ſchon erreicht hat, nicht nur ſeines Rechts verluſtig, und verbunden ſeyn, alles aus dem Vergleich bereits Erhaltene dem andern wieder herauszugeben, ſondern er ſoll auch, wenn mit der Uebertretung des Transacts noch eine Conventionalſtraſe verknüpft wäre, dieſe erlegen, und überdem, als ein Meineidiger, mit der Strafe der Infamie belegt werden [9]).

Conſil. 176. BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 13. *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT in Diſſ. de remedio Legis: Si quis major. 41. Cod. de Transaction. §. 1. (*Diſſertation. academ.* Vol. I. Diſput. IX. pag. 318. ſeq.) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXXIV. Th. 1. Not. und mehrere andere practiſche Rechtsgelehrten bezeugen. Daß jedoch, wenn die Strafen dieſes Geſetzes ſtatt finden ſollen, die Leiſtung eines körperlichen Eides erfordert werde, wie BACHOVIUS ad τά πςῶτα Tit. de his, qui not. infam. pag. 787. behaupten will, iſt aus dem Geſetz nicht zu erſehen. Es iſt daher für hinreichend zu halten, wenn die Eidesformel der Vergleichsurkunde wörtlich eingerückt iſt, welche von beyden Theilen unterſchrieben worden. Man ſehe HARPPRECHT Diſſ. de transactione iurata §. 6. 7. et 8. (*Diſſertat. academ.* Vol. I. Diſſ. VIII. pag. 274. ſeq.) STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 18. und *Frat.* BECMANNORUM Conſil. P. II. Conſ. 57. nr. 19.

9) Eine ausdehnende Erklärung läßt ſich bey dieſem Geſetz nicht füglich annehmen, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten die Verordnung deſſelben auf alle andere beſchworne Contracte anwenden wollen, zu denen vorzüglich BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 4. et ſeqq. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſſ. VIII. Th. 5. lit. k. und HARPPRECHT in Diſſ. cit. de remedio L. 41. C. h. t. §. 40. gehören. Denn der Grund dieſes Geſetzes beruhet, wie *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Cod. ad h. L. pag. 72. ganz rich-

Es entſteht hierbey die Frage, ob man von einem getroffenen Vergleiche nicht deswegen abgehen dürfe, weil der andere Theil ſolchem entgegen gehandelt hat? Mehrere Rechtsgelehrte [10]) tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen, und beziehen ſich auch auf verſchiedene Geſetzſtellen [11]). Allein dieſe Meinung läßt ſich, als Regel, nicht behaupten, wenn man erwägt, wie nachdrücklich die römiſchen Geſetzgeber überall ihr Mißfallen über die Erneuerung verglichener Proceſſe zu erkennen gegeben haben [12]). Es kann daher die Entgegenhandlung des einen Theils an und für ſich dem andern noch kein Recht geben, von einem gültig geſchloſſenen Vergleiche abzugehen, ſondern es kann deshalb nur auf die Erfüllung des Vergleichs, oder auf das deshalb eintretende Intereſſe geklagt werden [13]). Die Geſetze, welche man zur Unter-

tig bemerkt, nicht bloß *in religione iurisiurandi*, ſondern auch *in favore transactionis*, *propter lites dirimendas*, und dann laſſen überhaupt Strafgeſetze keine ausdehnende Erklärung zu. Es ſind auch die Strafen ſo beſchaffen, daß ſie nur hauptſächlich auf einen Vergleich anwendbar ſind. S. HAHN ad *Weſenbecium* h. t. nr. 7. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Nr. 188. S. 1. ff.

10) WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Diſput. X. §. 30. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. XV. Claproth in der Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 128. S. 353. und Not. m. S. 355. Renthe §. 80. u. a.

11) *L. 27. pr. D. de inoff. teſtam. L. 14. Cod. h. t.*

12) L. 6. L. 10. L. 16. L. 17. L. 33. L. 36. *et* L. 39. *Cod. h. t.*

13) Man ſehe *Ioſ. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. §. 10. ſeqq. (Tom. VI. *Theſ. Meermann.* pag. 119. ſeq.) *Petr.*

Unterſtützung der verneinenden Meinung anzuführen pflegt, ſind auch unſerer Behauptung nicht zuwider. Denn die angeführte L. 27. pr. D. de inoff. teſt. ſetzt den Fall voraus, daß der Vergleich nudo pacto geſchloſſen worden [14]), und daher nach dem römiſchen Rechtsſyſtem keine Klage wirkte. Es war alſo, um den Contravenienten zur Erfüllung des Vergleichs zu nöthigen, kein anderes Mittel übrig, als dies, daß man die alte Klage gegen denſelben fortſetzte, als welche durch das nudum transactionis pactum nicht ipſo iure aufgehoben wurde, und dann, wenn ſich der Beklagte etwa mit der Einrede des geſchloſſenen Vergleichs zu ſchützen ſuchte, demſelben die replicam doli entgegenſetzte [15]). Es kam folglich immer noch darauf an, ob ſich nicht der Beklagte hierdurch bewegen ließ, den Vergleich zu erfüllen. Geſchah dieſes, ſo mußte ihm die aequitas exceptionis, wie die

Kaiſer

Petr. GRANGIANUS in Paradoxis iur. civ. cap. 29. (Tom. V. *Theſ. Ottoniani* col. 629.) *Hugo* DONELLUS in Comment. ad L. 36. Cod. h. t. *Aug. a* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. meditat. 5. *Io. Balth. a* WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſerv. 173. Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen 2. Band 4. Th. Reſp. CCXXXVII. nr. 18. ff. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XV. Not. k. pag. 280.

14) Dieß erhellet aus den Worten der *L. 27. pr. D. de inoff. teſt.* de lite *pacto* transactum eſt, ganz deutlich, denn das Wort *pactum* zeigt in den Geſetzen insgemein ein pactum nudum an, wie auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficiliorum legum Codicis ad L. 28. h. t. pag. 66. bemerkt hat. Vergleiche auch *Ant.* FABER in Rational. ad cit. L. 27. pr. D. de inoff. teſtam. und EMMINGHAUS c. l. in fin.

15) Man ſehe hier beſonders GIPHANIUS ad L. 28. C. h. t.

Kaiſer Diocletian und Maximian [16]) ſich ausdrücken, noch immer zu ſtatten kommen, und die Erneuerung der Klage blieb daher nur gleichſam die letzte Zuflucht, wenn kein anderes Mittel übrig war, den moroſen Tranſigenten zur Erfüllung ſeines Verſprechens zu vermögen [17]). Soviel hingegen die noch angeführte L. 14. C. h. t. anbetrift, ſo gehört ſie eigentlich gar nicht hierher, da ſie von einem ſolchen Falle redet, wo ſich der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs gefallen ließ, folglich der Transact mit beyderſeitiger Bewilligung aufgehoben wurde [18]). Eine Ausnahme von der Regel findet indeſſen ſtatt, wenn dem Vergleiche die com-

16) *L. 36. Cod. h. t.* Si maior annis viginti quinque tranſegiſti, quamvis dari tibi placita, repraeſentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi poſſit, *exceptionis proficit aequitas:* nämlich quoad reus promiſſa implebit, quibus non impletis, inſtaurata vetere actione, merito damnabitur, wie DONELLUS in Comment. ad h. L. nr. 3. dieſe Stelle ſehr richtig erklärt.

17) Dieß ſetzt inſonderheit die *L. 28. C. h. t.* auſſer allem Zweifel, wie *de* RETES c. l. §. 11. pag. 120. gezeigt hat. Heutiges Tages bedarf es nun dieſes Zwangsmittels ohnedem nicht mehr, weil aus einem jeden verbindlichen Transact auf deſſen Erfüllung geklagt werden kann. S. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. II. Part. IX. Obſ. 160. und WISSENBACH ad L. 28. Cod. h. t.

18) Die Worte der *L. 14. cit.* zeigen dieſes deutlich: Si diverſa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio ſuadet, refuſa pecunia, (*cum et tu hoc deſideras*) cauſam ex integro agi. Man vergleiche über dieſes Geſetz DONELLUS, GIPHANIUS, WISSENBACH in Comment. ad Cod. und LEYSER cit. loc. Siehe auch *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. Part. I. Reſponſ. XV. Them. II. et nr. 13. pag. 240.

commiſſoriſche Clauſel iſt beygefügt worden, vermöge welcher derſelbe ſeine Gültigkeit verlieren ſolle, wenn der andere Theil binnen der geſetzten Zeit dasjenige, wozu er ſich in dem Vergleiche verbindlich gemacht hat, nicht erfüllen würde. Die Wirkung dieſer Clauſel iſt, daß wenn der andere Tranſigent innerhalb der beſtimmten Zeit ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, ohne eine rechtmäßige Entſchuldigung anführen zu können, mir nun zweyerley Rechtsmittel zuſtehen; ich kann nämlich entweder aus dem geſchloſſenen Vergleiche auf deſſen Erfüllung klagen, welches Recht mir, der commiſſoriſchen Clauſel ungeachtet, unbenommen bleibt [19]); oder ich kann von dem Vergleiche abgehen, und nicht nur dasjenige, was ich des Vergleichs wegen dem andern gegeben oder überlaſſen habe, mit der condictione ob cauſam datorum zurückfordern, ſondern auch überhaupt alle diejenigen Rechtsmittel wieder gebrauchen, welche mir vor Eingehung des Transacts zuſtunden [20]). Eine zweyte Ausnahme, welche unſer Verf. noch anführt, iſt, wenn die Contravention des andern Theils den Grund des ganzen Transacts aufhebt. Z. B. ich vergleiche mich mit dem Inteſtaterben, der mit mir zwar im Teſtament bedacht worden, aber doch daſſelbe aus dem Grunde der Nichtigkeit anfechten wollte, auf ein gewiſſes Abfindungsquantum. Er handelt aber dennoch dem Vergleich zuwider, und ſtellt nicht nur ſeine Nullitätsklage an, ſondern ſtößt auch überdem harte

Läſte-

19) L. 4. §. 2. D. *de lege commiſſor.*

20) *Fratr.* BECMANNORUM Conſilia et Deciſion. Part. I. Reſponſ. XV. Qu. 3. nr. 12. ſeqq. pag. 240. *de* CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſellan. Tom. II. Deciſ. CLXXX. STRYK de cautelis contract. Sect. III. cap. VII. §. 22.

Läſterungen wider den Verſtorbenen aus. Hier bin ich dem Contravenienten die verglichene Abfindungsſumme zu bezahlen nicht gehalten. Denn da er ſich durch ſeine Läſterungen gegen den verſtorbenen Erblaſſer ſeines Erbrechts gänzlich verluſtig gemacht, in Rückſicht deſſen ich mit ihm tranſigiret hatte; ſo fällt hier der Grund des ganzen Vergleichs weg [21]). Es iſt jedoch hierbey noch zu bemerken, daß die Entwährung der durch den Vergleich dem andern überlaſſenen Sache in keinem Falle ein Recht giebt, von dem Vergleiche abzugehen, und den aufgegebenen Rechtsſtreit wieder zu erneuern [22]). Denn entweder ich habe dem andern eine Sache gegeben, um das unter uns im Streite befangene Gut zu erhalten oder behalten zu dürfen; oder ich habe die im Streite befangene Sache ſelbſt meinem Gegner für eine andere Sache überlaſſen. In dem erſtern Falle findet die Reivindication, deren ſich mein Gegner einmahl begeben hat, darum nicht weiter gegen mich ſtatt, weil er

21) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 7.

22) L. 33. *Cod. h. t.* Si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis cauſa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuiſti, licet hoc praedium obligatum eſt, vel alienum pro parte fuerit probatum: inſtaurari deciſam litem prohibent iura: Ex ſtipulatione ſane, ſi placita ſervari, ſecuta eſt; vel ſi non interceſſerit, praeſcriptis verbis actione civili ſubdita, apud Rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipſas apud te conſtitutas, ob quarum quaeſtionem litis interceſſit deciſio, fiſcus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes. Ueber dieſes Geſetz verdienen vorzüglich *Hugo* DONELLUS in Commentar. ad Cod. pag. 112. ſeq. und *Ger.* NOODT de pactis et transactionibus cap. XIV. §. *Sed transactio* etc. (Tom. I. *Oper.* pag. 525. ſeq.) nachgeſehen zu werden.

er ſich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, deren Eigenthum vielmehr auf mich per traditionem brevis manus übergegangen iſt. Es kann daher in dieſem Falle der andere Theil nur von mir verlangen, daß ich ihm die Gewähr leiſte, wenn ihm die gegebene Sache entwähret worden, und deßhalb gegen mich mit der actione ex ſtipulatu, oder actione civili praeſcriptis verbis klagen. In dem andern Falle hingegen, da ich die ſtreitig geweſene Sache ſelbſt meinem Gegner für eine andere überlaſſen habe, es ſey nun, daß derſelbe erſt den Beſitz der Sache durch den Vergleich erhalten, oder ſich ſchon in dem Beſitz derſelben befand, da ich mich mit ihm verglich, findet nicht einmahl eine Verbindlichkeit zur Gewährsleiſtung ſtatt, geſchweige denn, daß wegen der Entwährung die alte Klage wieder angefangen werden könnte [23]). Denn man kann *hier* nicht ſagen, daß ich dem Vergleich entgegen gehandelt habe, wenn die ſtreitige Sache, die ich vermöge des Vergleichs meinem Gegner überlaſſen, nachher von einem Dritten entwähret worden; genug, daß ich ihm die Sache mit dem Rechte überlaſſen habe, mit welchem ich ſie ſelbſt beſaß, oder mein Gegner ſie beſeſſen haben würde, wenn nie ein Streit darüber entſtanden wäre [24]).

Ein

23) Man vergleiche hier beſonders VOET in Comm. ad Pandect. Tom. I. Lib. XXI. Tit. 2. §. 10. *Caſp.* CABALLINUS in Tract. de evictionibus. (*Venet.* 1571. 8.) §. IV. nr. 46. pag. 182. ſeq. und Grieſinger im Commentar über das Wirtembergiſche Landrecht. 4. Band. §. 255. S. 1053. f. Ein anders iſt, wenn die Gewährsleiſtung ausdrücklich verſprochen worden. S. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de uſu et commodis pacti de praeſtanda evictione. *Halae* 1736. Cap. II. §. 17.

24) L. 75. *D. de Verb. Signif.* Die meiſten practiſchen Rechtsgelehrten wollen jedoch dieß nur von dem Falle verſtehen, wenn

Ein Vergleich verbindet nun der Regel nach nur dieſenigen, welche denſelben mit einander geſchloſſen haben, und auch nur dieſe erwerben in der Regel ein Recht daraus [25]). Es treten hier die nämlichen Grundſätze ein, welche bereits in der Lehre von Verträgen (§. 314 und 315) vorgetragen worden ſind. Einem Dritten kann daher ein geſchloſſener Vergleich weder zum Schaden noch zum Vortheil gereichen [26]). So z. B. kann ein Transact, der über ein in Streit

wenn der Gegner die ſtreitige Sache ſchon in Beſitz gehabt, die ich ihm durch den Vergleich überlaſſen habe. Sie behaupten daher, daß derjenige, welcher ein ſtreitiges Gut, das er ſelbſt beſaß, ſeinem Gegner, der es in Anſpruch nahm, vermöge des Vergleichs eingeräumt habe, zur Gewährsleiſtung eben ſowohl verbunden ſey, als wenn er, um daſſelbe behalten zu dürfen, ſeinem Gegner eine andere Sache von dem Seinigen gegeben hätte. S. CARPZOV P. II. Conſtit. XXXIV. Def. 28. MEVIUS P. V. Deciſ. 341. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de evictionibus §. 13. FRANSKIUS Comment. ad Pandect. eod. Tit. nr. 413. ſeqq. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 33. C. de Transact. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 114. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformation 2. Band. S. 617. u. a. m. Allein daß dieſe Meinung dem Römiſchen Rechte nicht gemäß ſey, haben ſchon NOODT und VOET cit. loc. gezeigt.

25) VOET ad Pand. h. t. §. 22.

26) *L. 3. princ. D. h. t.* Imperatores ANTONINUS et VERUS ita reſcripſerunt: *Privatis pactionibus non dubium eſt non laedi ius caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poſſe, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuae ademptae. Quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit ſibi pro*

Streit gezogenes Teſtament geſchloſſen worden, den Legatarien auf keine Weiſe präjudiciren, welche an der Schlieſſung deſſelben keinen Antheil genommen haben [27]). Es hilft aber auch den wahren Erben nichts, wenn man ſich einer Forderung wegen mit demjenigen verglichen, der ſich für den Erben ausgab, wenn gleich der Transact in Rückſicht auf die Erbſchaft geſchloſſen worden. Scävola [28]) hat folgenden Fall: Ein Gläubiger hatte das von ſeinem Schuldner in Händen habende Pfand eigenmächtig verkauft, und war geſtorben. Mävius gab ſich für den rechtmäßigen Erben dieſes Gläubigers aus, und verglich ſich mit

pro oneribus hereditatis, *aut*, *ſi non cavit*, *non debet negligentiam ſuam ad alienam iniuriam referre*. Man ſehe über dieſes Geſetz *Io. Ortw.* WESTENBERG Divum Marcum Diſſert. III. *Cap.* I. pag. 42. ſeqq. *L.* 1. *C. eodem.* Neque pactio neque transactio, cum quibusdam ex curatoribus ſive tutoribus facta, auxilio caeteris eſt in his, quae ſeparatim communiterve geſſerunt vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his tranſegeris, tertium convenire non prohiberis.

27) *L.* 29. §. 2. *D. de inoff. teſtam.* Quamvis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res transactione deciſa ſit, tamen *teſtamentum in ſuo iure manet:* et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem. Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Legatar die Gültigkeit des Teſtaments beweiſen kann; denn von einem Teſtament, welches nie gültig geweſen, kann man nicht ſagen, *in ſuo iure manet*, wie auch VOET l. c. bemerkt. Ueberdem ſagt auch die *L.* 3. *pr. D. de pign. et hyp.* Legata aliter valere non poſſunt, quam ſi teſtamentum ratum eſſe conſtaret.

28) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

mit dem Schuldner über die Entſchädigung um ein Billiges. Bey Eröfnung des Teſtaments ergab ſich, daß nicht Mävius, ſondern Septizius des Verſtorbenen Erbe war. Es wurde gefragt, ob ſich dennoch Septizius, wenn ihn der Schuldner ſeines Erblaſſers mit der actione pignoratitia belangt, auf jenen Vergleich berufen könne, den Mävius deßhalb geſchloſſen? Die Entſcheidung fiel gegen den Septizius aus, weil der Schuldner keinen Vergleich mit ihm geſchloſſen hätte, und Mävius von dem Septizius nicht bevollmächtiget geweſen ſey. Es giebt jedoch auch hier Ausnahmen von der Regel. Denn ſo können ſich

1) Fälle ereignen, wo Jemand aus dem Transact eines andern, an dem er keinen Antheil genommen, verbunden wird. Dieß geſchieht a) in allen den Fällen, in welchen Jemand in Sachen eines andern zu tranſigiren befugt war, welche oben (§. 352.) vorgekommen ſind. Daher wird die Frau durch den Transact, den ihr Ehemann in Rückſicht ihrer Güter, als Verwalter derſelben, geſchloſſen hat (S. 48.), ein Pupill aus dem Vergleiche ſeines Vormundes (S. 40.), ferner ein Sohn aus dem Transact, welchen der Vater über ſein peculium adventitium auf eine rechtsgültige Art geſchloſſen hat (S. 45. folg.), verbunden.

b) Verbindet ein Transact auch den, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen tritt, der den Vergleich geſchloſſen hat [29]. So wird z. B. der Erbe aus dem Transact des Erblaſſers, ferner der Ceſſionar aus dem Vergleiche des Cedenten verbunden. Papinian [30]) führt hiervon

29) POTHIER Pandectae Iuſtinian. h. t. Art. IV. Nr. XVI.

30) *L. fin. D. h. t. Chriſtfr.* WAECHTLER Opuſcul. p. 723. ſeqq.

Hiervon folgenden Fall an. Es hatte Jemand eine Erbſchaft verkauft, und dem Käufer alle Erbſchaftsgüter und Forderungen abgetreten, immittelſt aber mit einem Erbſchaftsſchuldner, der von dem Verkauf nichts wußte, einen Vergleich getroffen. Hier kann ſich der Schuldner mit der Einrede des geſchloſſenen Vergleichs ſchützen, wenn er von dem Käufer der Erbſchaft der Schuld wegen belangt wird.

c) Zuweilen muß ſich ein Dritter den Vergleich per conſequentiam gefallen laſſen, wenn es dadurch ungewiß geworden iſt, wer nun von beyden Tranſigenten eigentlich des Dritten Schuldner ſey, ſo daß er jetzt gegen beyde actione utili klagen muß. Zur Erläuterung kann folgender Rechtsfall dienen, den Scävola [31]) im zweyten Buch

ſeiner

31) *L.* 14. *D. h. t.* Controverſia inter legitimum et ſcriptum heredem orta eſt: eaque, transactione facta, certa lege finita eſt: quaero, creditores quem convenire poſſunt? Reſpondit; Si iidem creditores eſſent, qui transactionem feciſſent: ſi alii creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt. Mehrere Rechtsgelehrte halten dieſe Stelle für mangelhaft, und ſuppliren nach den Worten: qui transactionem feciſſent, folgendes: *id obſervandum de aere alieno, quod inter eos conveniſſet.* So leſen HALOANDER und PETRUS AB AREA BAUDOZA CESTIUS; und eben dieſe Leſeart ſoll auch nach des Taurellius und Brenckmanns Zeugniß in einigen alten Handſchriften vorkommen. Sie wird inſonderheit durch die *Baſilica* Tom. I. pag. 777. unterſtützt, dieſe Stelle ſo lautet: Ἐι μὲν ὁι ἀυτοι δανεισταὶ ἦσαν της κληρονομίας, ἕπονται τοῖς συμφωνηθεῖσιν i. e. Siquidem iidem creditores hereditarii eſſent, id obſervant, quod inter eos convenerit. Daher geben CUJACIUS Lib. II. Reſponſor. Scaevolae ad L. 14. cit. *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom.

ſeiner Gutachten erzählt. Titius ſetzt den Sejus in ſeinem Teſtament zum Erben ein. Nach dem Tode des Titius entſteht ein Streit zwiſchen dem Inteſtat- und jenem eingeſetzten Teſtamentserben. Erſterer behauptet, das Teſtament ſey nicht zu Recht beſtändig, und folglich käme ihm die Erbſchaft ab inteſtato zu. Der Streit wird jedoch durch einen Vergleich beygelegt, und jeder erhält einen Theil der Erbſchaft. Nun ſind Schulden des verſtorbenen Erblaſſers da, es entſteht alſo die Frage, von wem die Gläubiger ihre Bezahlung fordern können? Scävola iſt der Meinung, daß ſie gegen beyde klagen müßten, und zwar hafte jeder für die Schulden des Verſtorbenen nach Verhältniß ſeines Erbtheils, den er durch den Vergleich erhalten hat. Der Grund iſt: *propter incertum ſucceſſionis*, d. i. weil man nicht weiß, wer eigentlich von beyden der rechte Erbe iſt [32]). Denn da der Streit durch einen Ver-

Rom. pag. 123. *Ger.* NOODT Lib. II. Probabil. cap. 2. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 17. pag. 221. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diſſert. III. Cap. II. §. 5. pag. 50. *Frid. Gothofr.* SCHLEGTENDAL in Diſſ. qua, controverſia inter teſtamentarium et legitimum heredem orta, eaque transactione ſopita, quem creditores convenire poſſint, ad L. 14. D. de Transact. disquiritur. *Duisburgi ad Rhen.* 1764. §. 4. u. a. m. dieſer Leſeart den Vorzug vor der Florentiniſchen. Es läßt ſich indeſſen die Florentiniſche Leſeart ohne jenes Supplement vollkommen rechtfertigen, und ſehr gut erklären, wie ſchon Anton Contius bemerkt, und *Iacob.* VOORDA Electorum libro ſing. Cap. I. pag. 7. ſeqq. ſehr gründlich gezeigt hat.

32) Könnten freylich die Gläubiger die Gültigkeit des Teſtaments auſſer Zweifel ſetzen, ſo würde ihnen unverwehrt ſeyn, gegen den

Vergleich beygelegt wurde, ſo blieb es unentſchieden, ob das Teſtament gültig oder ungültig ſey, und weder der eine noch der andere konnte mit Gewißheit ſagen, daß die Erbſchaft ihm von Rechtswegen zugehöre. Da nun alſo nach dem ſtrengen Civilrechte keiner von beyden Tranſigenten verus heres geworden, ſondern jeder den Theil der Erbſchaft, welchen er durch den Vergleich erhalten, nur pro herede beſitzt, ſo können die Gläubiger auch nicht actionibus directis, ſondern nur *utilibus* klagen. Denn nur gegen einen wahren Erben finden actiones directae ſtatt [33]). Uebrigens bemerkt **Scävola**, es ſey in Anſehung der Creditoren kein Unterſchied, ſie möchten entweder diejenigen ſelbſt ſeyn, die den Vergleich geſchloſſen hätten, oder fremde. So lieſſe ſich, deucht mir, der Sinn der ſo ſehr beſtrittenen Worte: *Si iidem creditores eſſent, qui transactionem feciſſent, ſi alii creditores eſſent*, mit **Voorda** [34]) ganz natürlich beſtimmen, ohne daß es des oben bemerkten Supplements bedarf. Denn das verſtand ſich ja von ſelbſt, daß es bey der getroffenen Verabredung verbleiben müſſe. Hierüber war kein Streit. Es bedurfte alſo auch keiner Entſcheidung. **Scävola** mußte vielmehr die ihm vorgelegte Rechtsfrage: quem convenire creditores poſſint? ohne Rückſicht einer mit den

 Gläu-

den Teſtamentserben allein auf das Ganze zu klagen. S. VOET h. t. §. 22. Verb. *Caeterum, ut transactio non nocet* etc.

33) *L.* 59. *D. de Reg. iur.* Gegen denjenigen, qui heredis loco habetur, kann man nur actione utili klagen. §. 3. *et ſeq. I. de fideicomm. heredit. L.* 21. *§. ult. D. Quod met. cauſ.* ULPIANUS *Fragm. Tit. XXVIII. §.* 12.

34) c. l. pag. 8.

Gläubigern der Schulden wegen getroffenen Verabredung entſcheiden. Natürlich mußte er alſo auch auf beyde denkbaren Fälle Rückſicht nehmen, nämlich 1) wenn die Gläubiger diejenigen ſelbſt wären, die den Vergleich geſchloſſen hätten; und 2) wenn es fremde Gläubiger wären. Auf beyde Fälle paßt nun auch die Entſcheidung des Scävola: propter incertum ſucceſſionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expreſſerit, utilibus conveniendus eſt; und es iſt bey den klaſſiſchen Schriftſtellern, wie Voorda gezeigt hat, gar nicht ſelten, daß die Conjunctio *Si* ſoviel als *Sive* bedeutet. Wenn alſo der Teſtaments- oder Inteſtaterbe ſelbſt eine Forderung an den Verſtorbenen hätte, ſo müßte ihm der andere Mittranſigent die Schuld zu ſeinem Antheil bezahlen; weil auch der wahre Erbe dasjenige, was ihm der Verſtorbene ſchuldig war, von dem andern Miterben pro parte eius hereditaria mit Recht fordern kann [35]. Es können ſich nun aber auch

2) Fälle ereignen, wo ein geſchloſſener Vergleich einem Dritten zum Vortheil gereicht. So kommt z. B. der Transact, welchen der Schuldner mit ſeinem Gläubiger ſchließt, auch dem Bürgen deſſelben zu ſtatten [36]. Man kann

35) *L. 7. Cod. de negot. geſt.* Si ab eo, qui negotia tua geſſit, heres ex duabus unciis inſtitutus es: etiamſi adeas hereditatem, in reliquis decem unciis adverſus coheredem competit tibi petitio, ſi quam adverſus defunctum habuiſti actionem.

36) *L. 68. §. ult. D. de fideiuſſor.* Non poſſunt conveniri fideiuſſores, liberato reo transactione. Ja Ulpian ſagt ſogar in der *L. 7. §. 1. D. de transact.* Si fideiuſſor conventus, et condemnatus fuiſſet, mox reus tranſegiſſet cum eo, cui erat fideiuſſor condemnatus; transactio valeat, quaeritur? et puto valere,

kann aber auch den Vergleich abſichtlich zum Vortheil eines Dritten ſchlieſſen. Hier iſt eben das Rechtens, was oben (§. 343.) vorgekommen, wenn man zum Vortheil eines Dritten paciſcirt.

§. 356.

Von den Urſachen, aus welchen der Transact ſeine Gültigkeit verliert.

Es giebt nun mancherley Urſachen, aus welchen ein gültig geſchloſſener Vergleich wieder aufgehoben werden kann. Dahin gehört

1) wechſelſeitige Einwilligung der Partheyen. Denn ſo wie der Vergleich durch den Willen der dabey intereſſirten Theile errichtet wird, ſo verliert auch derſelbe ſeine verbindliche Kraft, wenn beyde Theile in die Aufhebung willigen. Eben dieſes findet

2) ſtatt, wenn dem Vergleiche das pactum diſplicentiae auf den Fall angehängt worden, da einen oder den andern der Vergleich gereuen ſollte. Die Rückgabe des Seinigen fordert der Reuende dieſer Verabredung zu Folge mit der condictione cauſa data; oder er ſetzt den Proceß fort. In wiefern ohne dieſes pactum die Reue beym Vergleich ſtatt finde, iſt ſchon oben (S. 5. folg.) geſagt worden.

3) Wenn Minderjährige, und ſolche Perſonen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, einen Vergleich ſchlieſſen, und es ergiebt ſich nachher aus neu vorgefundenen Documen-

valere, quaſi omni cauſa et adverſus reum, et adverſus fideiuſſorem diſſoluta. Vid. *Ioſ.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 8.

cumenten, daß ihnen der Vergleich zum Nachtheil gereicht, ſo können ſie dagegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen [37]); wenn gleich kein Betrug von Seiten des andern Theils, auch keine auſſerordentliche Verletzung erwieſen werden kann [38]). Eben dieſes Recht ſteht auch dem Staate zu [39]), als welcher bekanntermaſſen die Rechte der Minderjährigen zu genieſſen hat [40]).

Ob

37) *L. 1. et 2. Cod. Si adverſus transact.* Es muß jedoch die von dem Minderjährigen erhaltene Reſtitution ſeinem Gegner wenigſtens in ſofern auch zu ſtatten kommen, daß dieſer ſich der vorigen Klage nun wider den Minderjährigen bedienen kann, eben ſo, als wenn gar kein Vergleich wäre geſchloſſen worden. S. WISSENBACH in Comment. ad L. 4. C. ſi adv. transact.

38) Iſt indeſſen der Vergleich von dem Minderjährigen vermittelſt körperlichen Eides beſtärkt worden, ſo findet dagegen in Gemäßheit der *Auth.* Sacramenta puberum *Cod. ſi adverſus venditionem* die reſtitutio in integrum nicht ſtatt; vorausgeſetzt, daß der Minderjährige weder betrügeriſcher Weiſe inducirt, noch mit Gewalt dazu gezwungen worden ſey. S. WERNHER Obſervat. for. T. I. P. I. Obſ. 217. HARPPRECHT Diſſ. de transactione iurata §. 44. (in EJUSD. *Diſſert. academ.* Vol. I. pag. 301.) von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien S. 370. und Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preußiſchen Staaten. VII. Samml. S. 70. folg. Man nimmt jedoch den Fall aus, da der Minderjährige laeſionem enormiſſimam zu beweiſen im Stande iſt. S. HARPPRECHT Diſſ. de transactione in cauſis minorum §. 32. (in EJUS *Diſſert. academ.* Vol. I. p. 398. ſeq.)

39) *L. 35. D. de re iudic.*

40) *L. 3. Cod. de iure reipublicae.*

Ob nicht auch ſolche Perſonen, denen die Rechte der Minderjährigkeit nicht mehr zu ſtatten kommen, einen gültig abgeſchloſſenen Vergleich aus dem Grunde einer erlittenen unmäſſigen Läſion anfechten können? iſt eine ſehr ſtreitige Rechtsfrage, die von den Rechtsgelehrten ganz verſchieden beantwortet und entſchieden wird. Einige bejahen dieſelbe geradezu, und halten mit Bartolus [41]) eine Verletzung über die Hälfte (laeſio enormis) für eine gerechte Urſach der Aufhebung eines geſchloſſenen Vergleichs [42]). Andere machen einen Unterſchied zwiſchen einer laeſio enormis, und enormiſſima, und glauben, daß ein Vergleich wenigſtens in dem Falle, wenn die erwieſene Verletzung eine laeſio enormiſſima ſey, nach der Billigkeit wieder aufgehoben werden könne [43]). Noch andere behaupten, es

41) ad L. 2. C. de reſcind. vendit. nr. 7.

42) Auſſer CARPZOV und RICHTER, welche ſchon unſer Verf. Not. r. ſelbſt anführt, vertheidigen dieſe Meinung auch STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. VI. §. 67. FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. II. cap. 26. *I. E.* LINCK Diſſ. de transactione ob enormem laeſionem reſcindenda. *Argentor.* 1727. u. a. m. Allein man ſehe hier Chriſt. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 16. Betrachtung, wo man dieſe Meinung hinlänglich widerlegt finden wird.

43) KLOCK Tom. II. Conſil. 57. Qu. 2. nr. 17. ſeqq. COTHMANN Vol. I. Reſp. 36. nr. 265. et Vol. II. Reſp. 28. nr. 206. STRYK Uſ. Mod. Pandectar. h. t. §. ult. HARPPRECHT Diſſ. de transactione iudiciali §. 32. nr. 224. ſeqq. *de* CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſellan. Tom. II. Deciſ. CLXXIX. nr. 7. Die Meinung dieſer Rechtsgelehrten haben jedoch ſchon SCHILTER in Praxi I. R. Exercit. IX. §. 15. und PUFENDORF in Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 143. widerlegt.

es ſey bey Entſcheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage darauf zu ſehen, ob der Vergleich gerichtlich oder auſſergerichtlich abgeſchloſſen worden ſey; und wollen zwar in dem lezteren Falle die Reciſſion eines Vergleichs wegen einer Verletzung über die Hälfte zulaſſen, im erſtern Falle aber nicht [44]. Endlich glauben die meiſten und berühmteſten Rechtsgelehrten, daß ein Vergleich wegen keiner, auch der größten Verletzung nicht, angefochten werden könne; dieſe theilen ſich jedoch wieder in zwey Claſſen. Einige behaupten, daß auch in der Praxis nach dieſer theoretiſch richtigen Meinung zu ſprechen ſey [45]. Andere hingegen geben zwar zu, daß dieſe

44) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VI. Obſ. 474. und Tom. I. P. I. Obſ. 177. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 877. *Chriſt. Lud.* REDECKER Diſſ. de transactione iudiciali ob laeſionem ultra dimidium non reſcindenda. *Harderovici* 1759. Allein man ſehe dagegen Renthe über die Lehre von Transacten §. 64.

45) VINNIUS in Tract. de Transactionibus Cap. VIII. nr. 11. ſeqq. et in ſelect. iuris quaeſtionib. Lib. I. cap. 57. HUBER in praelect. iur. civ. h. t. §. 10. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 24. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 33. MEVIUS P. IV. Deciſ. 30. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 10. PUFENDORF Tom. I. Obſ. 143. REINHARTH in ſelect. Obſervat. ad *Chriſtinaei* Deciſiones Vol. I. Obſ. 31. WILDVOGEL Diſſ. de transactione ob enormem laeſionem non reſcindenda. *Ienae* 1704. GUNDLING Diſſ. de transactionum ſtabilitate et inſtabilitate §. 42. ſeqq. ALEF Diſſ. de transactione cap. X. §. 119. et 120. MÜHLHAUSEN Diſſ. de transactione propter laeſionem enormem non reſcindenda. *Marburgi* 1740. KNORRE Diſſ. de transactione non reſcindenda propter laeſionem ultra dimidium. *Halae* 1756. *Fratr.* BECMANNI in Conſil. Tom. II. Conſil. LVII. Qu. 1. nr. 11. ſeqq. pag.

dieſe Meinung nach der Theorie gegründet ſey, ſie meinen aber, daß man in der Praxis davon abgehen dürfe [46]). Unter dieſen ſo verſchiedenen Meinungen ſcheint mir diejenige die richtigſte zu ſeyn, nach welcher behauptet wird, daß nicht nur nach der Theorie ein Vergleich unter dem Vorwande einer, wenn gleich noch ſo groſſen Verletzung, keinesweges angefochten und reſcindiret werden könne, ſondern daß man auch heut zu Tage der Regel nach immer darnach zu ſprechen habe, ſo lange nicht in einem Lande entweder durch Geſetze oder durch rechtliche Gewohnheit etwas anders verordnet oder hergebracht iſt. Es iſt 1) dieſe Meinung ſchon in der Natur der Sache ſelbſt gegründet. Denn ein Vergleich hat immer eine an ſich ungewiſſe oder ſtreitige Forderung zum Gegenſtande, die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den Vergleich beſtimmt worden

pag. 157. Pütter in den auserleſ. Rechtsfällen 2. Bandes 4. Th. Reſp. 237. nr. 20. Claproth in der Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 56. S. 128. WALCH in Controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. Membr. II. §. 7. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchied. Rechtsmaterien 1. Band. 7. Meditat. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Vol. I. Faſc. II. Obſ. 166. WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 36. Renthe von Transacten §. 62. ff. Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 815. und 816. und beſonders *Mich. Frid.* ABEL Diſſ. de reſciſſione transactionis tam in genere, quam in ſpecie reſpectu laeſionis enormis. *Erlangae* 1785. und Köchy in den angeführten Meditationen 1. Band. 16. Betracht.

46) S. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 19. WISSENBACH in Comment. ad L. 2. Cod. de reſcind. vend. p. 317. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 7. Dabelow Syſtem der heutigen Civilrechtsgelahrtheit §. 2460.

worden iſt. Bey einer ſolchen onerdſen Convention aber, deren Object keinen beſtimmten Werth hat, iſt eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken. 2) Soll ein Vergleich eben ſo unverletzlich ſeyn, als ein Urtheil, welches die Rechtskraft beſchritten hat [47]). Ja er wird einem abgelegten Eide gleich gehalten, welchem die Geſetze eine noch gröſſere Kraft beylegen, als einem rechtskräftigen Urtheil [48]). Nun aber kann ein rechtskräftiges Urtheil ſo wenig, als ein Eid wegen einer Verletzung wieder aufgehoben werden [49]). 3) Wollen die Geſetze, daß ein Vergleich, welcher einmahl ehrlich abgeſchloſſen worden iſt, nicht einmal unter dem Vorwande neu aufgefundener Urkunden ſolle reſcindirt werden können [50]). Da nun der Beweiß einer erlittenen Läſion ſchwerlich geführt werden kann, wenn die neu aufgefundenen Urkunden gegen den einmal abgeſchloſſenen Vergleich nichts gelten ſollen [51]); ſo geben uns jene Geſetze einen neuen unwiderleglichen Beweiß, daß nach dem Geiſt derſelben auch wegen einer Verletzung kein Transact reſcindirt werden ſolle. Sodann 4) fehlt es auch nicht an einem ganz deutlichen Geſetz, worin ausdrücklich geſagt wird, daß wenn auch der Tranſigent in der Folge durch neu aufgefun-

47) L. 20. *Cod. h. t.*

48) *L.* 2. *D. de Iurejur.* Iusiurandum ſpeciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. *L.* 1. *pr. D. Quar. rerum actio non datur.*

49) L. 4. *Cod. de re iudicata.* L. 2. *Cod. Sentent. reſcindi non poſſe.* L. 9. *pr. D. de jurejur.* L. 21. *D. de dolo malo.* L. 56. *D. de re iud.* L. 1. *Cod. de reb. credit. et jurejur.*

50) L. 19. *et* L. 29. *C. h. t.*

51) *Cap.* 1. *X. h. t.*

gefundene Documente erweiſen könnte, daß er über das Vierfache verletzt ſey, dennoch der Vergleich deßfalls nicht aufgehoben werden ſolle [52]). Wenn nun zwar 4) dagegen eingewendet werden will, es ſey der Billigkeit und der Analogie der L. 2. C. de reſcind. vendit. gemäß, daß ein Vergleich eben ſo gut, wie ein Kauf, oder ein jeder anderer oneröſer Contract, wegen einer übermäſſigen Verletzung reſcindirt werde; ſo iſt hierbey wohl zu erwägen, daß zwiſchen einem Kaufcontract, worauf ſich doch die L. 2. Cod. de reſc. vendit. bloß einſchränkt, und einem Vergleiche ein ſehr auffallender Unterſchied ſey. Denn bey einem Kauf läßt ſich der Werth des einen, gegen das, was dagegen geleiſtet wird, genau feſtſetzen, und nach einem gewiſſen Verhältniß beſtimmen. Allein bey einem Vergleiche läßt ſich weder ein ſo genaues Gleichgewicht der beyderſeitigen Präſtationen feſtſetzen, noch iſt auch dieſes erforderlich, weil der Gegenſtand deſſelben immer ungewiß, unbeſtimmt und zweifelhaft iſt, mithin keinen gewiſſen Werth hat. Eben ſo wenig ſteht auch 6) die von den Vertheidigern der gegen-

52) L. 78. §. *ult.* D. *ad SCtum Trebell.* Heres eius, qui poſt mortem ſuam rogatus erat, *univerſam hereditatem* reſtituere, minimam quantitatem, quam ſolam in bonis fuiſſe dicebat, his, quibus fideicommiſſum debebatur, reſtituit: poſtea repertis inſtrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuiſſe. Quaeſitum eſt, an in reliquum fideicommiſſi nomine conveniri poſſit? Reſpondit, ſecundum ea, quae proponerentur, *ſi non transactum eſſet*, poſſe. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. will zwar dieſes Geſetz blos von dem Falle verſtehen, da der Vergleich erſt nach den aufgefundenen Urkunden geſchloſſen worden iſt; allein der ganze Zuſammenhang dieſer Stelle widerlegt ſchon dieſe irrige Erklärung von ſelbſt. Man ſehe EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Not. m. pag. 281. ſeq.

gegenſeitigen Meinung insgemein angeführte L. 5. C. de dolo malo unſerer Behauptung entgegen, indem darin ganz offenbar von einem ſolchen Falle geredet wird, wo die Verletzung durch einen Betrug des andern Theils entſtanden war, wie die Schlußworte: non *de dolo* propter paternam verecundiam, (denn der Vater hatte ſeine emancipirte Tochter durch böߧlichen Betrug zum Vergleich vermocht) ſed in factum actio tibi tribuenda eſt, ganz deutlich zu erkennen geben. Es läßt ſich alſo 7) wohl nicht mit Grunde behaupten, daß die oben angeführten Geſetze der Pandecten durch neuere Geſetze im Codex ſeyen aufgehoben worden, indem ſich vielmehr aus der L. ult. in fin. Cod. de plus petit. nicht undeutlich das Gegentheil beweiſen läßt. Mit dieſen Grundſätzen des Röm. Rechts ſtimmt nun auch 8) das alte teutſche Recht überein, wie die bekannten teutſchen Sprüchwörter lehren: ein magerer Vergleich iſt beſſer, denn ein feiſtes Urtheil; desgleichen: wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurſt, und laß es ſeyn [53]. Endlich wird auch 9) nach der von uns behaupteten Meinung bey den vornehmſten Dikaſterien, z. B. beym Reichs-Cammergericht [54]), beym Königlich-Preußiſchen Tribunal zu Berlin [55]) und andern mehr geſprochen.

Eine

53) S. Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern 6. Abth. Nr. VIII. S. 516.

54) GAIL Lib. II. Obſ. 70. n. 6. ſqq. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 926. und Hoſchers Sammlung merkwürdiger am K. Reichs-Cammergericht entſchiedener Rechtsfälle. 1. Th. 3. Rechtsfall S. 104.

55) S. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 6. Samml. S. 87. u. Kleins Annalen 1. Th. S. 317.

Eine mit jener verwandte Frage iſt noch die, welche unſer Verfaſſer am Schluß dieſes Paragraphen entſcheidet, nämlich, ob nicht ein allgemeiner Transact (transactio generalis) aus dem Grunde wieder aufgehoben werden könne, daß ſich nachher noch Species gefunden haben, die zu dem verglichenen Genus gehören? Man verſteht unter einem allgemeinen Transact einen ſolchen Vergleich, der über einen Gegenſtand geſchloſſen worden iſt, welcher mehrere Individuen unter einem gemeinſchaftlichen Namen begreift [56]). Dahin gehört z. B. wenn der Vergleich über einen Erbanſpruch, oder über eine Societät, oder Vormundſchaft iſt eingegangen worden. Ein ſolcher allgemeiner Transact faßt nun ſeiner Natur nach alle Species d. i. alle Individuen in ſich, die zu dem verglichenen Genus gehören, und kann daher auch unter dem Vorwande, daß man an gewiſſe Species, welche ſich erſt nachher gefunden hätten, nicht gedacht habe, keineswegs angefochten werden [57]). Es wird jedoch billig vorausgeſetzt, daß die Tranſigenten bey Schlieſſung des Transacts an dieſe Species denken konnten, und auch von keinem Theile ein Betrug begangen worden ſey. Hierher gehört der

56) Die Begriffe von allgemeinen und beſondern Vergleich entwickelt ſehr gut Hr. Hofrath Gönner in den juriſtiſchen Abhandlungen 1. Th. (Bamberg 1795. 8.) Nr. IV. §. 6. ff. S. 82. ff.

57) *L.* 29. *C. h. t.* Sub praetextu ſpecierum poſt repertarum generali transactione finita reſcindi, prohibent iura. — *L.* 12. *D. h. t.* Non eſt ferendus, qui *generaliter* in his, quae teſtamento ei relicta ſunt, tranſegerat, ſi poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam, quod poſteriore legatum ſit.

der Fall, den **Modeſtin** im zweyten Buch ſeiner Gutachten entſcheidet [58]). Drey Geſchwiſter, Titius, Mävius und Seja vertheilten unter ſich die mütterliche Erbſchaft, und errichteten einen ſchriftlichen Erbvergleich, worin es heißt: daß die Erbſchaft der Mutter völlig vertheilet worden, und nichts mehr in Gemeinſchaft geblieben ſey. In der Folge erfahren zwey dieſer Geſchwiſter, Mävius und Seja, welche zur Zeit der Theilung abweſend waren, daß ihr Bruder gewiſſe Goldmünzen auf die Seite gebracht habe, von welchen in dem Theilungsreceß nichts enthalten iſt. Es fragte ſich nun, ob, des geſchloſſenen Erbvergleichs ungeachtet, die Geſchwiſter gegen ihren Bruder wegen des verheimlichten Geldes klagen konnten? **Modeſtin** antwortet: Ja. Denn wenn die Geſchwiſter, welche, von dem Betrug des Titius nichts wiſſend, die Erbtheilung abgeſchloſſen haben, auf ihren Antheil an dem unterſchlagenen Gelde Klage anſtellen, und ihnen die Exception, daß ein allgemeiner Theilungsreceß vorhanden ſey, entgegengeſetzt wird: ſo können ſie ſich mit der replica doli helfen. Es verſteht ſich endlich auch, daß ein allgemeiner Transact, wenn er auch noch ſo allgemein abgefaßt iſt, über das verglichene Genus nicht ausgedehnt werden darf [59]). Wenn z. B., ſagt **Ulpian** [60]), ein mündig gewordener Pupill mit ſeinem Vormund über den verwalteten Antheil ſeines Vermögens einen Vergleich trifft, und nachher als Erbe ſeines verſtorbenen unmündigen Bruders

58) *L. 35. D. de pactis.*

59) *L. 3. §. 1. L. 12. in fin. D. h. t.* Gönner a. a. O. §. 5. S. 82.

60) *L. 9. pr. D. eod.*

ders auf deſſelben Antheil gegen eben dieſen Vormund klagt, ſo kann ſich der Vormund nicht auf jenen Vergleich berufen; denn ein Transact beſchränkt ſich immer nur auf den Gegenſtand, worüber die Unterhandlung gepflogen worden iſt.

§. 357.

Bemerkung über die ſtrenge Interpretation der Transacte.

Wenn die Rechtsgelehrten gewöhnlich die Regel geben, daß Transacte einſchränkend auszulegen ſeyn [61]), ſo hat zwar dieſe Regel in ſofern ihre Richtigkeit, wenn man ſagt, daß Transacte nur von demjenigen Gegenſtande zu verſtehen ſind, worüber die Partheyen ſich verglichen haben, und auf non cogitata nicht ausgedehnt werden dürfen. Allein unrichtig iſt es, wenn man dieſelbe für *eine* den Transacten beſonders eigene Regel der Auslegung ausgeben will, da kein hinreichender Grund vorhanden iſt, warum ein Vergleich ſtrenger, als ein jeder anderer Vertrag, erklärt werden ſollte [62]). So wie demnach jeder Vertrag aus der Abſicht der Paciſcenten zu erklären iſt, ſo muß dieſer Satz auch als Regel für die Auslegung der Transacte gelten, und es iſt daher nicht alle ausdehnende Erklärung bey den Vergleichen auszuſchlieſſen, wenn ſie der Abſicht der

61) VOET in Comm. ad h. t. §. 21. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 8.

62) Vorzüglich verdienen hier des Hrn. Hofr. Gönners angef. juriſtiſche Abhandlungen 1. Th. Nr. IV. nachgeſehen zu werden, wo man eine Prüfung des Satzes, daß Transacte ſtreng zu interpretiren ſeyn, finden wird.

der Tranſigenten gemäß iſt [63]). Selbſt die Geſetze begünſtigen dieſe Erklärungsart nicht undeutlich, wenn ſie verordnen, daß ein allgemeiner Transact auch alle Species in ſich faſſe, die zu dem verglichenen Genus gehören [64]). Hieraus ergiebt ſich aber auch, was unſer Verf. noch zuletzt bemerkt, daß wenn ein Vergleich nur über beſtimmte einzelne Anſprüche und Forderungen geſchloſſen worden iſt, (transactio ſpecialis), ein ſolcher beſonderer Vergleich weiter, als die verglichene Species reicht, nicht ausgedehnt werden dürfe, und auch ſelbſt dann nicht, wenn gleich von den Partheyen allgemeine, oder vielmehr unbeſtimmte Ausdrücke wären gebraucht worden [65]). Daher die Ausdrücke: man wolle keine weitere Forderung machen, nur auf den Gegenſtand des Vergleichs, oder derjenigen Berechnung, worüber tranſigiret worden iſt, nicht aber auf andere Forderungen gezogen werden können [66]).

63) Man ſehe Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Deciſ. LXV. nr. 12. und VINNIUS de transactionibus Cap. VIII. §. 20.

64) *L. 29. Cod. h. t.*

65) *L. 31. Cod. h. t.* Si de certa re pacto transactionis interpoſito, hoc comprehenſum erat, *nihil amplius peti:* etſi non additum fuerat: *eo nomine;* de caeteris tamen quaeſtionibus integra permanet actio. Eine Erläuterung dieſes Geſetzes giebt Gönner a. a. O. §. 15.

66) S. *Ioſ.* AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 20. nr. 11. ſeqq. und Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. VIII. Samml. S. 55.

Lib.

Lib. III. Tit. I.

De Poſtulando.

§. 358. u. 359.

Was heißt poſtulare? was iſt ein Advocat?

Konnte eine Rechtsſtreitigkeit nicht durch Vergleich beygelegt werden, ſo mußte man ſie ordnungsmäßig in den Weg Rechtens einleiten, und vor Gericht verhandeln. Die Partheyen führten nun entweder ihre Sache ſelbſt vor Gericht, oder ſie bedienten ſich dabey eines rechtlichen Beyſtandes. In beyden Fällen wurde der Ausdruck *poſtulare gebraucht*, welcher alſo, wie Ulpian [67]) lehrt, ſoviel bedeutet, als deſiderium ſuum vel amici ſui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere, d. i. ſeine eigne Rechtsangelegenheit, oder das Anliegen ſeines Clienten dem Richter ordnungsmäßig vortragen, oder dem Verlangen ſeines Gegners widerſprechen, und ſeinen Vortrag auf rechtsbehörige Art widerlegen. Diejenigen, welche ſich damit beſchäftigten, einer ſtreitenden Parthey in ihrer rechtlichen Angelegenheit beyzuſtehen, ſie von dem, was Rechtens iſt, zu unterrichten, und ihre Rechtszuſtändigkeiten auszuführen, wurden *Advocati* genennt, daher nun unter dem Titel de poſtulando hauptſächlich von den Advocaten gehandelt wird. Dieſe Advocaten werden in den Geſetzen auch *Patroni* oder *Pa-*

67) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Staats-Bibliothek Bamberg

Patroni cauſarum [68]), ferner *Togati* [69]), auch *Scholaſtici* [70]) genennt, und weil ſie für ihre Clienten Reden vor Gericht hielten, ſo ſagte man von ihnen, quod cauſas orarent [71]), und gab ihnen den Titel *Oratores* [72]) auch *Diſertiſſimi* [73]). Ueberhaupt ſtanden ſie bey den Römern in großem Anſehen, wie man aus der Lobrede ſieht, welche die Kaiſer Leo und Anthemius [74]) auf ſie halten. Heutiges Tages werden die Advocaten auch Fürſprecher, Rechtsfreunde oder rechtliche Beyſtände genennt, und ihre Beſchäftigung iſt mit der der ehemaligen römiſchen Advocaten in ſofern die nämliche, daß ſie auch den ſtreitenden Partheyen bey Führung ihres Proceſſes vor Gericht aſſiſtiren, und ihnen, in ſoweit es auf Rechtskenntniß ankommt, mit Rath und That zur Hand gehen. Sie ſind von den gerichtlichen Procuratoren, oder Sachwaltern zu unterſcheiden, welche eine Vollmacht erhalten, und daher wahre Stellvertreter der Intereſſenten ſind, und auch ſolche Geſchäfte vor Gericht beſorgen können, wozu eben keine Rechts-

kennt-

68) **L. 1. §. 4. *D. h. t.* L. 4. L. 6. C. *eod.* L. 1. L. 5. L. 14. C. *de advoc. diverſ. iudicior.***

69) **L. 3. L. 6. L. 8. L. 9. *ſeqq.* C. *de advoc. div. iudic.***

70) **L. 2. C. *de lucris advocat.***

71) **L. 2. §. 43. D. *de orig. iuris.***

72) GELLIUS Noct. Attic. Lib. V. cap. 10. **L. 33. §. 1. C. *de Epiſc. et cleric.* L. 3. §. 9. *Cod. de V. I. E.***

73) **L. 13. C. *de adv. div. iudic.***

74) **L. 14. C. *eod.*** In der **L. 4. §. 1. C. *eod.*** werden ſie auch viri clariſſimi genennt. Man ſehe übrigens *Adr.* STEGER Comment. de nomine advocatorum honorificentiſſimo. ***Lipſiae* 1735.**

[library stamp]

kenntniß erfordert wird [75]). Von dieſen werde ich im 3. Titel dieſes Buchs ausführlicher handeln. Uebrigens iſt die Materie von Advocaten unter den neuern von Johann Chriſtoph Neller [76]), und Georg Fried. Joſeph Roſſel [77]) gut bearbeitet worden. Zur Erläuterung können auch der griechiſchen Rechtsgelehrten, nämlich des Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Cyrillus und anderer Commentare über den Titel der Pandecten und des Codex de poſtulando dienen [78]).

§. 360.

Wie weit ſind Advocaten zuzulaſſen?

Advocaten, welche dunkele und zweifelhafte Rechtshändel mit gehöriger Rechtſchaffenheit, Einſicht und Geſchicklichkeit vor Gericht auseinander ſetzen, ſind allerdings dem Staate ſehr nützlich. Einer jeden Parthey ſteht es daher der Regel nach frey, ſich eines Fürſprechers vor Gericht zu bedienen, und es gehört ganz zur Ausnahme von der Regel, wenn der Richter eine Parthey nöthigen kann, allein vor Gericht zu handeln, welches nur in einigen wenigen Fällen ſtatt findet, z. B. in peinlichen Sachen, wo es auf das Verhör des Angeſchuldigten ankommt, ferner in Ehe-

 ſachen,

75) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 2. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 1176. Danz Grundſätze des ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 44. Not. a.

76) Diſſ. de poſtulando ſeu de advocatis cauſarum (in *Opuſcul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. I. pag. 168. ſeqq.)

77) Diſſ. de advocatis, praeſ. *Car. Chriſtph.* HOFACKER def. *Tubingae* 1788.

78) Sie ſtehen im *Theſ. Meermann.* Tom. III.

ſachen, und wo überhaupt die Güte unter den Partheyen verſucht werden ſoll [79]. Zuweilen kann auch der Richter einer Parthey von Amtswegen einen rechtlichen Beyſtand beſtellen [80], z. B. wenn ſie keinen Advocaten bekommen kann. Ja er kann den Partheyen auferlegen, ſich eines Advocaten zu bedienen, wenn ſie ihre Rechtsſache vor Gericht ſelbſt auszuführen nicht im Stande ſind. Wenn jedoch die Geſetze [81] dem Richter zur Pflicht machen, dahin zu ſehen, daß die ſtreitenden Theile beyderſeits von gleich geſchickten Advocaten gleich gut vertheidiget werden, ſo wird dieß h. z. T. nicht mehr beobachtet [82].

§. 361.

Eintheilung der Advocaten.

Advocaten ſind entweder zur Ausübung ihres Amts öffentlich authoriſirt, oder nicht. Letztere werden der Regel nach vor Gericht als Fürſprecher nicht zugelaſſen; ſie dürfen auch keine Proceßſchriften in eigenem Namen übergeben, ſondern müſſen ſolche wenigſtens von einem recipirten Advocaten unterſchreiben laſſen. Der Regel nach darf alſo niemand vor Gericht advociren, der nicht nach vorgängiger Prüfung und Beeidigung vom Staate die Erlaubniß dazu erhal-

79) *Cap.* 14. *X de iudic. Cap.* 1. *eodem in 6to. I. H.* BOEHMER Iur. eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. XXXVII. §. 2. ſeq.

80) *L.* 1. *§.* 4. *D. h. t.*

81) *L.* 7 *Cod. h. t.*

82) S. VOET in Comm ad Pandect. h. t. §. 11 NELLER cit. Diſſ Sect. II. §. 2. Not. i. pag. 178. und Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 72. Not. mm.

erhalten hat. Denn da von einer ordentlichen, zuverläßigen und legalen Beſorgung proceſſualiſcher Angelegenheiten der Wohlſtand der Unterthanen größtentheils mit abhängt, ſo kann es dem Staate nicht gleichgültig ſeyn, was für Leute zu ſolchen Rechtsbeyſtänden gebraucht werden, ſondern er muß dazu Männer von geprüfter Geſchicklichkeit und Rechtſchaffenheit ausſuchen, und dem Publicum als ſolche, an die es ſich in ſeinen Privatangelegenheiten mit Zuverſicht wenden könne, bezeichnen. Mit Recht bemerkt daher unſer Verf., daß das Amt eines Fürſprechers heut zu Tage gewöhnlich ein öffentliches iſt. Es kommt indeſſen freylich auf die Verfaſſung eines jeden Landes an, indem in manchen Ländern und Gerichten ein jeder als Advocat zugelaſſen wird, der im Allgemeinen die dazu erforderlichen Fähigkeiten hat. Iſt an einem Orte eine beſtimmte Zahl von Advocaten feſtgeſetzt, ſo heißen diejenigen, welche nach vorhergegangener Prüfung und Verpflichtung unter dieſe Zahl förmlich ſind aufgenommen worden, *advocati ordinarii;* die hingegen über die beſtimmte Zahl aufgenommen werden, heißen *advocati ſupernumerarii* oder *extraordinarii* [83]).

83) Auch ſchon bey den Römern war eine beſtimmte Zahl der Advocaten feſtgeſetzt; daher geſchieht der Matriculae advocatorum in den Geſetzen öftere Erwähnung. *L.* 11. *L.* 13. *L.* 15 — 17. *Cod. de advocat. diverſ. iudicior.* Z. B. bey dem Praefectus praetorio waren 150 Advocaten angeſtellt. *L.* 8. *L.* 11. *§. ult. C. eod.* S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1018. Bey dem Reichskammergericht ſind zur Beſorgung der Partheyſachen zwölf ordentliche Advocaten angeſtellt. S. Günther Heinrich von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfaſſung und Praxis. (Göttingen 1797. 8.) §. 71.

In Anſehung der Rechtsſachen, zu deren Vertheidigung und Beſorgung Advocaten öffentlich beſtellt ſind, giebt es wieder verſchiedene Arten derſelben. Sie ſind nämlich entweder *advocati fiſci*, welche zur Vertheidigung der herrſchaftlichen Gerechtſame, oder *advocati privati*, welche zur Beſorgung der Rechtsangelegenheiten der Unterthanen beſtimmt ſind. Erſtere werden Fiskäle genennt [84]), und erhalten von dem Landesherrn eine jährliche Beſoldung; letztere hingegen nicht.

§. 362.

Unterſchied zwiſchen Advocatis *ordinariis* und *ſupernumerariis*.

Iſt ein Fürſprecher in die Zahl der ordentlichen Advocaten förmlich aufgenommen worden, ſo darf er ohne erhebliche Urſach niemandem ſeinen Beyſtand verſagen [85]). Er kann vielmehr unter Bedrohung einer Geldſtrafe oder der Entſetzung ſeines Amts gezwungen werden, einer Parthey zu dienen, beſonders wenn ſie durch die Liſt und Macht ihres Gegners keinen Beyſtand finden kann, oder ihr darum niemand dienen will, weil ſie arm iſt. Die advocati ordinarii ſind vielmehr ſchuldig, die Rechtsſachen der Armen unentgeldlich ſo lange zu vertheidigen, bis dieſe einmal in beſſere Umſtände kommen, und nun im Stande ſind, ihrem Advocaten ſeine Gebühren zu bezahlen [86]). Dieſe Verbindlichkeit findet hingegen bey den advocatis ſupernumerariis

84) Vid. *Tit. Cod. de advocatis fiſci.* DONELLUS cit. loc. cap. 5. pag. 1022.

85) *L.* 7. *C. h. t.* Concept der Kammergerichtsordn. Th. I. Tit. 13. §. 2 — 4.

86) Claproth a. a. O. S. 279.

rariis nicht ſtatt, von deren freyen Willen es vielmehr abhängt, welchen Partheyen ſie dienen wollen, nur daß ſie die einmal übernommenen Rechtsſachen redlich betreiben und zu Ende bringen müſſen [87]). Uebrigens muß ein Advocat ſeinem Clienten ohne Anſehen der Perſon gegen einen jeden, und ſelbſt gegen die Obrigkeit, dienen. Nur Fiskäle dürfen ohne beſondere Erlaubniß nicht gegen den Fiskus dienen [88]); auſſer wenn die Sache ſie ſelbſt, oder ihre Eltern, oder ihre Kinder, oder ihre Pupillen angeht [89]).

§. 363. u. 364.

Wer kann Advocat ſeyn? und wer iſt dazu nicht fähig?

Ein Advocat muß nun nicht nur die Theorie der Rechte verſtehen, ſondern auch in der juriſtiſchen Praxis geübt ſeyn. Daß er eine Würde in den Rechten erlangt haben müſſe, wird nur bey den Advocaten des Reichskammergerichts erfordert. Er muß ferner das gehörige Alter haben. Nun wird zwar nach dem Röm. Rechte nicht gerade erfordert, daß ein Fürſprecher die Volljährigkeit erreicht haben müſſe, ſondern für hinreichend gehalten, wenn er nur über ſiebenzehn Jahr alt iſt [90]). Allein da heutiges Tages insgemein

87) ROSSEL cit. Diſſ. §. 4. pag. 11. in fin. et ſeq.

88) *L. 1. et 2. C. de advoc. fiſci.*

89) *L. 10. pr. L. 11. D. h. t.* In Anſehung des kaiſerlichen Fiskals und ſeines Advocaten ſcheint jedoch nach dem Concept der Kammergerichtsordnung I. Th. Tit. 27. §. 2. eine Ausnahme ſtatt zu finden.

90) L. 1. *§. 3. D. h. t.* Es werden jedoch Minderjährige nur inſofern vor Gericht zugelaſſen, als ſie für andere poſtuliren; ihre eigene Proceſſe hingegen können ſie ohne Beyſtand eines Cura-

gemein das Amt der Advocaten und gerichtlichen Procuratoren verbunden zu ſeyn pflegt, ſo erfordert man nach Vorſchrift des canoniſchen Rechts [91]) gewöhnlich ein majorennes Alter [92]); obwohl es nicht an Rechtsgelehrten [93]) fehlt, welche in Gemäßheit des römiſchen Rechts auch heut zu Tage ein Alter von 18 Jahren, um vor Gericht für andere poſtuliren zu können, für hinreichend halten. Ein Advocat darf auch kein Geiſtlicher ſeyn [94]). Die canoniſchen Rechte verbieten jedoch nur den Geiſtlichen der höhern Orden das Advociren in den weltlichen Gerichten; und nehmen auch hier den Fall aus, wenn die Rechtsſache, die ein Geiſtlicher zu vertheidigen übernommen, ihn ſelbſt, oder ſeine nahen Anverwandten, oder ſeine Kirche, oder mitleidswürdige Perſonen betrift, welche er ſogar vor einem weltlichen Gericht vertreten kann [95]). Daß ein Advocat auch mit keinem ſolchen Mangel in Anſehung ſeines Körpers oder Gemüths behaftet ſeyn dürfe, der ihn an der Ausübung ſeines Amtes hinderlich ſeyn könnte, alſo nicht blödſinnig, nicht taub, nicht

Curators nicht vor Gericht beſorgen. L. 45. §. 2. *D. de re iudic.* L. 4. *C. Si adv. rem iud.* L. 11. *C. qui dare tut.* L. 2. *C. qui legit. perſon. ſtandi.* L. 4. *C. de auct. praeſt.* S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3. NELLER cit. Diſſ. Sect. II. §. 2. Not. c. in Addit.

91) *Cap. 5. de procurator. in 6to.*

92) LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LI. medit. 1. *Ge. Steph.* WIESAND in Opuſcul. iurid. Specim. IX. Obſ. 1. pag. 113. ſeq.

93) STRYK Uſ. Mod. Pandect. h. t. §. 2. et 3. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. II. Not. 2. u. a. m.

94) *Cap. 1. et 3. X. h. t.*

95) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitution. iurisprud. eccleſiaſticae P. II. §. 470. NELLER c. l. pag. 176. §. 2. lit. a.

nicht blind ſeyn müſſe, verſteht ſich zwar von ſelbſt, wenn auch diejenigen Gründe, weßhalb Ulpian [96]) Taube und Blinde vom Poſtuliren ausſchließt, heutiges Tages nicht mehr ſtatt finden [97]). Es behaupten indeſſen mehrere Rechtsgelehrte, daß heut zu Tage wenigſtens Blindheit nicht ganz unfähig mache, vor Gericht zu poſtuliren [98]), es darf nur aber freylich nicht etwa auf eine Recognition der Urkunden, oder ſonſt auf eine augenſcheinliche Beſichtigung ankommen; ſo wie denn auch ein tauber Advocat zu Hauſe noch wohl ſeinem Clienten dienen kann, ſofern es bloß auf die Abfaſſung der Proceßſchriften, oder auf Ertheilung eines mündlichen Raths ankommt [99]). Ein Advocat muß ferner das Zeugniß eines rechtſchaffenen und untadelhaften Lebenswandels für ſich haben. Wer einer infamirenden Handlung überführt iſt, kann daher zu dieſem Amte nicht zugelaſſen werden [100]). Endlich darf auch niemand in der nämlichen Sache Advocat und Richter zugleich ſeyn, um Par-

96) L. 1. §. 3. *et* 5. *D. h. t.*

97) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. Not. g.

98) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 23. BERGER Oecon. iuris c. I. Not. 3.

99) NELLER cit. Diſſ. Sect. II. §. 2. Not. d.

100) L. 1. §. 8. *D. h. t.* Jedoch können Ehrloſe für ſich und für gewiſſe andere Perſonen poſtuliren, welche in dem §. 11. *cit. L. 1. D. h. t.* angeführt werden. Dieſer Stelle iſt §. 11. *I. de except.* nicht entgegen, welcher von einem ſolchen Falle zu verſtehen iſt, wo der Vorwurf der infamirenden Handlung nicht erwieſen iſt, ſondern noch auf einer mühſamen und weitläuftigen Unterſuchung beruhet, wie LEYSER Specim. LI. medit. 6. zeigt.

Partheylichkeit zu verhüten [1]). Der Richter muß ſich daher alles Advocirens bey dem Gericht enthalten, wo er als Richter angeſtellt iſt. Hat er vor der Uebernehmung des Richteramts der einen oder der andern Parthey gedient, ſo darf er in der Sache kein Urtheil ſprechen [2]). Nach der Strenge des römiſchen Rechts ſoll ſogar demjenigen, welcher ein Richteramt verwaltet, nicht einmal in einem fremden Gericht zu poſtuliren erlaubt ſeyn, weil man beſorgt, er werde ſich keinem Amte vollkommen widmen, und daher keins von beyden wohl verwalten können [3]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird es keinem Richter unterſagt, in einem fremden Gericht als Advocat zu dienen [4]). Ob indeſſen ein Richter auch in der nämlichen Sache, in welcher

1) L. 6. *pr. C. h. t.*

2) L. 17. *D. de iurisdict.* L. 14. *Cod. de aſſeſſor.* ZIEGLER in Dicaſtice Concluſ. 19.

3) L. 14. *pr. Cod. de aſſeſſor.* — Cum ſatis abundeque ſufficiat, vel per advocationem cauſis perfectiſſime patrocinari, vel adſeſſoris officio fungi: *ne, cum ad utrumque feſtinat, neutrum bene peragat.* Durch dieſes Geſetz ſcheint alſo die *L.* 5. *D. de officio aſſeſſor.* aufgehoben zu ſeyn, wie HUBER in praelect. ad Dig. Lib. I. Tit. 22. dafür hält. Jedoch haben andere zu erweiſen geſucht, daß in der *L.* 5. *cit.* gar nicht die Frage davon ſey, ob ein Richter in einem fremden Gericht advociren dürfe. Man ſehe *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν Centur. I. Qu. 55. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſtin. pag. 217. und beſonders *Io. Died. van* LEEUWEN Diſſ. de iuris ſtudioſis P. I. Cap. II. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſ. Belgicar. nov.* Vol. II. T. I. pag. 363.)

4) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. NELLER cit. Diſſ. Sect. II. §. 2. Not. k. in *Addit.* pag. 179.

welcher er das Urtheil in der erſtern Inſtanz geſprochen hat, in der zweyten Inſtanz als Advocat dienen könne? iſt eine andere Frage. So viel iſt wohl richtig, daß er nicht ſein eignes Urtheil anfechten, und darwider patrociniren dürfe [5]). Allein es fragt ſich, ob nicht der Unterrichter zur Vertheidigung der von ihm gefälleten Sentenz dem Appellaten in der höhern Inſtanz dienen könne? Mehrere Rechtsgelehrte [6]) wollen auch dieſes dem Richter nicht geſtatten, weil die Worte der L. 6. pr. Cod. h. t. *non idem in eodem negotio ſit advocatus et iudex*, ſo generell gefaßt wären, daß ſie auch ſehr gut auf die andere Inſtanz gezogen werden könnten, zumal da die Acten insgemein an den Richter der erſtern Inſtanz zur Execution der Sentenz remittirt würden. Allein nach dem Zeugniß der meiſten practiſchen Rechtsgelehrten [7]) iſt es wenigſtens heut zu Tage dem Richter der erſtern Inſtanz unverwehrt, die Vertheidigung ſeiner Sentenz in der Appellationsinſtanz zu übernehmen; man kann auch eigentlich nicht ſagen, er ſey in der nämlichen Sache Richter und Advocat zugleich, da er in der zweyten Inſtanz ſich keiner weitern Cognition und Ent-

5) S. ZIEGLER Dicaſtice Concl. XIX. §. 7. ROSSEL cit. Diſſ. §. 6 pag. 18. NELLER c. l. not. k. SCHAUMBURG in compend. iuris Digeſt. h. t. §. 5. u. a. m.

6) Man ſehe z. B. *Io. Tob.* RICHTER ſelectior. iuris principia ad ordin. Digeſtor. expoſit. Diſputat. VI. (*Lipſiae* 1748. 4.) §. 3. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. S. 278.

7) *Ant.* FABER in Cod. Lib. II. Tit. 5. Def. 1. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 6. Cod. h. t. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. 2. Not. 7. ZIEGLER c. l. COCCEJI c. l. NELLER c. l. u. a. m.

Entſcheidung anmaſſen darf, die Execution aber von demſelben nicht nach ſeiner Sentenz, ſondern nach dem Urtheil des Oberrichters vollſtreckt wird.

§. 365 — 367.

Pflichten eines Advocaten gegen ſeinen Clienten.

Ein Advocat muß ſich nun in allen ſeinen Geſchäften einer ſtrengen und gewiſſenhaften Redlichkeit befleißigen, und daher das Intereſſe ſeines Clienten treu und eifrig wahrnehmen. Die Geſetze ſelbſt verbinden ihn zu dem möglichſten Fleiße [8]). Er muß alſo für jeden Schaden haften, woran er auf irgend eine Art Schuld iſt [9]). Hat er unter eine gerichtliche Eingabe das Concepit mit ſeines Namens Unterſchrift geſetzt, ſo muß er auch für die Schicklichkeit und Unſträflichkeit des Inhalts ſtehen [10]), und es kann ſolcher ſeinem Clienten nicht zur Laſt gelegt werden, wenn derſelbe zumal der gemeinen Rechte und der Behandlungsart gerichtlicher Geſchäfte unkundig iſt. Ein Advocat muß ferner ſeiner Parthey die Vorſchriften der Geſetze deutlich und richtig erklären, und ſie für deren Uebertretung oder Verabſäumung, ingleichen für allen andern Schaden und Nachtheil, ehrlich und freymüthig warnen. Er muß ſie

8) L. 14. §. 1. *Cod. de iudiciis*, wo beſonders die Worte merkwürdig ſind: *nihil ſtudii relinquentes, quod ſibi poſſibile eſt.*

9) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 7. LEYSER Specim. XLVIII. Coroll. 1. NELLER cit. Diſſ. Sect. IV. §. 3. et in Quaeſt. ad h. §. pag. 209. Nettelbladt in der Anleitung zur practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 111. Claproth a. a. O. §. 74. Not. b. S. 299.

10) BOEHMER Conſultat. et Deciſion. T. II. P. I. Reſp. CVIII. nr. 5.

ſie alſo auch von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit ihrer Streitſache aufrichtig belehren, und ſich überhaupt hüten, daß er keine offenbar ungerechte Sache zu vertheidigen übernimmt, oder ſich ſonſt als ein Werkzeug der Bosheit, der Chikane, oder anderer dergleichen unerlaubter Kunſtgriffe gebrauchen läßt [11]). Er muß nicht minder aller Schmähungen, ſowohl wider den Richter, als die Gegenparthey, oder deren Fürſprecher, ſich enthalten [12]). Bringt es ja die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Sache mit ſich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen, ſo muß es jederzeit mit möglichſter Schonung, und in gemäßigten Ausdrücken geſchehen. Inſonderheit aber verbindet die gewiſſenhafte Redlichkeit den Advocaten, von den zu ſeiner Kenntniß gelangten Geheimniſſen ſeines Clienten nichts zu verrathen, noch ſonſt einen üblen Gebrauch davon zu machen, vielmehr darüber die unverbrüchlichſte Verſchwiegenheit zu beobachten. Handelt ein Advocat gegen dieſe Pflichten, ſo kann er, auſſer dem Erſatz des verurſachten Schadens, auch noch mit einer willkührlichen Geld- oder Gefängnißſtrafe, oder mit Suſpenſion oder gänzlicher Entſetzung von der Praxis, oder mit noch empfindlichern Strafen belegt werden [13]), beſonders wenn er ſich einer Prävarication ſchuldig macht [14]).

§. 368.

11) L. 6. §. 3. *et* 4. *C. h. t.* L. 13. §. 9. L. 14. *§.* 1. *Cod. de iudic.* Conf. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1019. und STRYK Diſſ. de conſcientia advocati.

12) L. 6. *§.* 1. *C. h t.*

13) Von den Pflichten der Advocaten handelt ſehr ausführlich Claproth im Proceß §. 74. folgg. und Joh. Heinr. Kirchhof in der Abhandl. von den Advocaten und ihren Pflichten. Bützow 1768. 8.

14) S. v. Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 433.

§. 368.

Von dem Irrthume des Advocaten und deſſen Verbeſſerung.

Begeht der Advocat einen Irrthum, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob er in Anſehung des Rechts oder in Anſehung factiſcher Umſtände geirrt hat. Im erſten Falle muß zwar der Richter einen ſolchen Irrthum von Amtswegen verbeſſern, inſofern er bloß das gemeine Recht betrifft [15]; hat jedoch der Richter dieſes unterlaſſen, und aus gleicher Unwiſſenheit des Rechts ein widriges Urtheil geſprochen, ſo kann nur durch den Weg der Appellation der Irrthum verbeſſert werden [16]. Hat hingegen der Advocat in Anſehung factiſcher Umſtände geirrt, ſo hat er ſolchen entweder in Gegenwart ſeines Clienten beym mündlichen Vortrag der Sache, oder in einem von dieſem unterſchriebenen Exhibitum, oder er hat den Irrthum in Abweſenheit ſeines Clienten begangen. In dem letztern Falle kann der Irrthum zu aller Zeit, auch ſelbſt noch nach dem Beſchluß der Sache, widerrufen werden, ſo lange nämlich noch kein rechtskräftiges Erkenntniß im Wege ſteht [17]; nur

15) L. *un. Cod. ut, quae deſint advocatis partium, iudex ſuppleat.* Sollte der Irrthum nur in Anſehung eines beſondern Rechts oder einer beſondern Befreyung begangen worden ſeyn, ſo iſt der Richter ſolchen zu verbeſſern weder ſchuldig noch befugt. S. *I. H.* BOEHMER in iure eccleſ. Proteſt. Lib I. Tit. 32. §. 48. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digeſtor. h. t. §. 14. Danz Grundſätze des ordentl. bürgerl. Proceſſes. §. 44. S. 127.

16) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 4. pag. 1022.

17) *L. 7. Cod. de iuris et facti ignor.* Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet: nam cauſa deciſa velamento tali non

nur muß freylich der begangene Irrthum erwieſen werden [18]. In dem erſten und andern Falle hingegen muß der Irrthum ſogleich, oder längſtens binnen drey Tagen von dem Clienten wiederrufen werden [19]. Denn was der Advocat in Gegen-

non inſtauratur. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVIII. medit. 6. und Claproth §. 77. Not. b. Danz a. a. O. §. 44. S. 127. folg.

18) L. 2. C. *de errore advocator.* Errores eorum, qui deſideria, i. e. preces ſcribunt, veritati praeiudicium afferre non poſſe, manifeſtum eſt. Et ideo, ſi condemnationem, cuius mentionem libello inſertam eſſe proponis, *manifeſte probare potes*, non interceſſiſſe: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui ſuper negotio disceptaturus eſt, non ignorabit. S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 136. *de* COCCEJI in *iure* civ. controv. Lib. III. Tit. 3. Qu. 14. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. 2. §. 21.

19) *L. 3. C. de errore advoc.* Sententiis finita negotia reſcriptis revocari non oportet. Nec enim, quae conſtituta ſunt, *ut advocatorum error litigatoribus non noceat*, tibi etiam opitulari poſſunt: cum *te praeſente*, neque cauſaę palam *ex continenti*, id eſt, *triduo proximo* contradixiſſe, neque poſt ſententiam appellationis remedio, ſi tibi haec diſplicebant, uſam eſſe proponas. Ich bemerke hier, daß mehrere Rechtsgelehrte die Worte: *id eſt, triduo proximo*, für einen unächten Zuſatz halten wollen. Man ſehe vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. un. Cod. Theodoſ. de errorib. advocator. Tom. I. p. 165. (edit. *Ritterian.*) und *Ant.* SCHULTING in Diſſ. de recuſatione iudicis. Cap. XII. §. 1. So viel iſt gewiß, daß ſie in den *Baſilicis* Lib. VIII. Tit. I. nr. 48. nicht befindlich ſind. Allein THALELAEUS hat ſie in ſeinem Scholio ad L. 3. C. cit. wo es beym RUHNKENIUS (Tom. III. *Theſauri Meermann.* pag. 43.) heißt: Οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομοθέτηται, ἡ τῶν συνηγόρων πλάνη

genwart des Clienten vorträgt, wird eben ſo angeſehen, als ob

τοὺς δικαζομένους μὴ βλάπτει, τοῦτο σοι βοηθῆσαι δύναται, ὁπότε σαυτὴν παροῦσαν τῇ δίκῃ οὔτε φανερῶς ἐκ τοῦ παραχρῆμα, τουτέστιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν, ἀντειπεῖν, οὔτε μετὰ την ἀπόφασιν τῇ τῆς εκκλήτου βοηθείᾳ, ἐι ἀπαρεσκει σοι ἡ ἀπόφασις, χρησαμένην θεματίζεις. i. e. Neque enim, quod conſtitutum eſt, advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio eſſe poteſt; cum te praeſentem cauſae nec palam *ex continenti*, id eſt, *intra triduum*, contradixiſſe, neque poſt ſententiam provocationis remedio, ſi tibi ſententia diſpliceret, uſam eſſe proponas. Die Praxis nimmt ſie ebenfalls als ächt an. S. WERNHER T. II. P. VIII. Obſervat. 363. n. 4. und Nettelbladts Anleitung zur practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 111. und zwar rechnet man das *Triduum* von dem Moment an, da der Irrthum begangen worden iſt. S. LEYSER Specim. XLVIII. medit. 7. Man will übrigens behaupten, daß wenn der begangene Irrthum noch binnen den nächſten drey Tagen wiederrufen werde, er keines weitern Beweiſes bedürfe. Nach Brunnemanns Zeugniß in Commentar. ad L. 3. Cod. cit. nr. 1. iſt dieß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten. Allein dieſer iſt die *L. 2. C. eodem.* offenbar entgegen, wie auch *Siegfr. Caeſ. ab* AEMINGA in Diſſ. de revocatione erroris ab advocato commiſſi. *Gryphisw.* 1766. §. 20. bemerkt hat. Uebrigens iſt merkwürdig, daß die griechiſchen Interpreten die Worte *ex continenti* von der ganzen Zeit verſtehen, da noch kein Urtheil in der Sache erfolgt iſt. Neque abſurdi quid dici putes, ſagt THALELAEUS a. a. O. pag. 44. nach der Ueberſetzung des RUHNKENIUS, ſi verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digeſtorum parte *de Pactis* didicimus in eo, qui ſub tutela eſt, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba EX CONTINENTI, ſpecialiter in Conſtitutione adiecta, capias *pro toto usque ad ſententiam tempore.*

ob es der Client ſelbſt vorgetragen hätte [20]). Iſt die Revocation innerhalb jener Zeit nicht geſchehen, und es erfolgt ein widriges Erkenntniß, ſo muß das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, und auf dieſe Art der begangene Irrthum verbeſſert werden. Denn durch die Appellation wird die Sache wieder in den Zuſtand zurück verſetzt, in welchem ſie zur Zeit der Einlaſſung auf die Klage war [21]).

§. 369.

Von der Belohnung des Advocaten.

Obgleich den Advocaten ehemals bey den Römern vermöge des Cinciſchen Geſetzes nicht erlaubt war, von den Clienten für ihre Mühwaltung eine Belohnung anzunehmen [22]), ſo daß ſogar nach einer gewiſſen Verordnung des Kaiſers Auguſtus die Strafe des vierfachen Erſatzes ſtatt haben ſollte, wenn ein Advocat jenem Geſetz zuwider ein Honorarium angenommen hätte [23]); ſo war doch das Cinciſche Geſetz unter den nachfolgenden Deſpoten nach und

20) *L.* 1. *C. eod.* Ea, quae advocati praeſentibus his, quorum cauſae aguntur, allegant, perinde habenda ſunt, ac ſi ab ipſis litium dominis proferantur. Man vergleiche hier noch MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. V. Faſc. I. Obſ. 751.

21) Claproth S. 331. folg. und beſonders MÜLLER ad *Struvium* Exercit. VII. Theſ. 12. Not. β.

22) Das Cinciſche Geſetz hat den Tribun Marcus Cincius Alimentus zum Urheber, und iſt im Jahr der Erbauung Roms 549 gegeben worden. Es verordnete: *ne quis ob cauſam orandam donum munusve caperet.* Man ſehe davon *Frid.* BRUMMERI Commentar. ad Legem Cinciam. (in *Opuſc.* a *Ge.* BEYERO edit. *Lipſiae* 1716. 8. Nr. I.)

23) DIO CASSIUS *Lib. LIV*, pag. 533.

und nach dergeſtalt auſſer Gebrauch gekommen, daß Kaiſer Claudius, ſo ſehr auch der Senat für die Wiederherſtellung deſſelben ſtritte, dennoch der Zudringlichkeit der Advocaten nachgeben mußte [24]). Er erlaubte ihnen daher Honorarien zu nehmen, und ſuchte nur ihrer Habſucht dadurch Schranken zu ſetzen, daß er denſelben bey Strafe der Legis Iuliae repetundarum über 10000 Seſterzien für die Führung eines Proceſſes zur Belohnung anzunehmen verbot [25]). Nun erreichte zwar der Senat in der Folge unter dem Kr. Nero doch noch ſeine Abſicht [26]), aber die wiederhergeſtellte Gültigkeit des Cinciſchen Geſetzes war von keiner langen Dauer [27]). Soll man den Nachrichten des Suetonius [28]) glauben, ſo war es Kr. Nero ſelbſt, welcher ſchon wieder verordnete: ut litigatores pro patrocinio certam iuſtamque mercedem darent. Soviel iſt wenigſtens gewiß, daß Kr. Trajan das Edict des K. Claudius aufs neue beſtätiget hat [29]). Zwar wollte er auch, daß den Advocaten das verdiente Honorarium eher nicht, als nach geendigtem Proceß,

24) Die Debatten zwiſchen dem deſignirten Conſul Silius, und der Advocatenparthey Suilius, Coſſutianus und Conſorten erzählt TACITUS *Annal.* Lib. XI. cap. 5.

25) TACITUS a. a. O. — Haec ita haud fruſtra dicta Princeps ratus, *capiendis pecuniis poſuit modum usque ad dena ſeſtertia,* quae egreſſi, repetundarum tenerentur. S. *Io. Chriſt.* FRANCKII Commentat. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. *Vitemb.* 1770. Cap. 8.

26) TACITUS *Annal.* Lib. XIII. cap. 4.

27) S. *Io. Aug.* BACHII Trajanus. (*Lipſiae* 1747. 8.) pag. 93.

28) In vita *Neronis* cap. 17.

29) PLINIUS Lib. V. Epiſt. 14. BACH c. l. pag. 89. ſeqq.

ceß, gegeben werden ſollte [30]); es ſcheint jedoch dieſe Einſchränkung bald wieder in Vergeſſenheit gerathen zu ſeyn. Denn mehrere Stellen in den Pandecten [31]) überzeugen uns, daß die Pränumeration bey den Belohnungen der Advocaten weder ungewöhnlich, noch unzuläſſig geweſen ſeyn müſſe. Dahingegen blieb das Maximum, was nicht überſchritten werden durfte, ſoviel man wenigſtens aus den Geſetzen der Pandecten ſieht, unverändert [32]). Nach dem neuern Römiſchen und heutigen Rechte kann alſo ein Advocat

30) PLINIUS Lib. V. Epiſt. 21. — *Hoc* (ſc. Senatusconſulto ad Orationem Trajani condito) *omnes, qui quid negotii haberent, jurare prius, quam agerent, jubebantur, nihil ſe ob advocationem cuiquam dediſſe, promiſiſſe, caviſſe. — Peractis tamen negotiis, permittebantur pecuniam duntaxat decem millium dare.*

31) L. 38. §. 1. *D. Locati.* L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* L. *ult. C. de condict. ob cauſ. dator.*

32) L. 1. §. 10. *D. de extraord. cognit.* In honorariis advocatorum ita verſari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori conſuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aeſtimationem adhibeat: *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.* Ita enim reſcripto Imperatoris noſtri, et Patris eius continetur: *Si Iulius Maternus, quem patronum cauſae tuae eſſe voluiſti, fidem ſusceptam exhibere paratus eſt: eam duntaxat pecuniam,* QUAE MODUM LEGITIMUM EGRESSA EST, *repetere debet.* Dieſen modum legitimum honorarii beſtimmt hernach Ulpian §. 12. *L.* 1. *cit.* noch genauer, wenn er ſagt: LICITA autem QUANTITAS intelligitur pro ſingulis cauſis *usque ad centum aureos.* Nun aber betragen centum aurei eben ſo viel als 10000 Seſterzien, wie BRUMMER cit. Commentar. ad L. Cinciam Cap. VI. nr. 11. ſeqq. pag. 74. gezeigt hat.

vocat unſtreitig für ſeine Bemühung ein billiges Honorarium fordern 33). Es iſt auch kein Unterſchied, ob er den Proceß gewonnen oder verlohren hat 34), wenn nur nicht die Schuld an ihm lag, daß der Proceß verloren gieng 35). Sogar in ſeiner eigenen Sache iſt ein Advocat, wenn ſein Gegner in die Koſten verurtheilt worden, ohne allen Zweifel befugt, auſſer ſeinen baaren Auslagen, eine Vergütung ſeiner gehabten Mühe, Arbeit und Verſäumniß, ſo hoch ſolche nach richterlichem Ermeſſen beſtimmt wird, zu verlangen 36). Denn die Erſtattung der Proceßkoſten iſt eine poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterſcheiden, ob der Advocat ſeine eigene, oder eine fremde Sache führt, anwendbar iſt. Es würde wenigſtens ſehr unbillig ſeyn, wenn der Gegner blos wegen des zufälligen Umſtandes, daß der Advocat ſich ſelbſt gedient hat, jener wohl verdienten Strafe entgehen könnte, und dem Advocaten die ihm

33) L. 3. *Cod. h. t.* L. 1. §. 10. *et* 12. *D. de extraord. cognition.*

34) Arg. L. 10. §. 1. *D. de negot. geſt.* BRUMMER cit. Commentar. Cap. XI. nr. 4. pag. 168. Nettelbladts Anleitung zur practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 113.

35) *Io. God.* KRAUSE Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa ſalaria et honoraria advocatorum. *Vitemb.* 1727. §. 34.

36) VOET ad h. Tit. §. 7. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 31. beſonders *Io. Sebaſt.* OHEIM Diſſ. de ſalario advocati in propria cauſa vincentis. *Erf.* 1711. und Joh. Chriſt. von Quiſtorp in den Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien. Nr. VI. Man ſehe auch WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 27.

ihm durch den unbeſonnenen Proceß verurſachte Arbeit und Verſäumniß nicht vergelten dürfte [37]).

§. 370.

Von der Gröſſe des Honorariums und der mancherley Beſtimmung der Advocatengebühren.

Die Belohnung des Advocaten iſt nun entweder durch Vertrag feſtgeſetzt, oder nicht. In dem letztern Falle liquidirt der Advocat ſeine Gebühren, und der Richter ermäſiget ſie nach der vorhandenen Tax- und Proceßordnung, oder nach ſeinem billigen Ermeſſen; wobey noch zu bemerken iſt, daß auch pro informatione, beſonders wenn der Unterricht von der Sache beſchwerlich geweſen, desgleichen für die Einſicht und Leſung der vorhergehenden Acten angemeſſene Belohnungen gut gethan werden [38]). Iſt hingegen dem Advocaten eine Belohnung überhaupt für die Führung des Proceſſes verſprochen worden, ſo muß ſie demſelben gegeben werden, ſofern der Vertrag nicht dem Verbote eines Geſetzes zuwider iſt. Ein ſolcher unerlaubter Vertrag iſt

37) Die Cautel, welche einige Rechtsgelehrten, z. B. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. Tit. VIII. Th. 3. Not. 6. WERNHER Obſervat. for. T. II. P. VI. Obſ. 279. nr. 4. und KRAUSE cit. Diſſ. §. 40. geben, daß ein Advocat in ſeiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigſtens die gerichtlichen Eingaben von einem andern Sachwalter unterſchreiben laſſen möge, iſt ganz unnöthig, ſo wenig es auch eines Beweiſes bedarf, daß er durch gerichtliche Betreibung ſeiner eigenen Angelegenheiten Verſäumniß und Schaden gelitten habe. S. Quiſtorp a. a. O. Nr. VI. S. 71.

38) S. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78.

das pactum de quota litis, wodurch ſich der Advocat einen Theil von dem, was ſein Client durch den Proceß gewinnen wird, ſtatt ſeiner Gebühren verſprechen läßt [39]). Die Geſetze ſehen einen ſolchen Vertrag als eine ſchändliche Beraubung des Clienten an, und wollen, daß ein Advocat, der ein ſolches ſchmutziges Gewerbe treibt, von der Praxis gänzlich entſetzt werden ſolle [40]). Unerlaubt iſt ferner der Vertrag, wodurch dem Advocaten, vor geendigtem Rechtsſtreite, auf den Fall, wenn ſolcher gewonnen würde, auſſer ſeinen Gebühren, noch ein gewiſſer Vortheil (Palmarium) ver-

39) *L.* 53. *D. de pactis. L.* 1. §. 12. *D. de extraord. cognit. L.* 5. *C. de poſtul. Iac.* WOLFF Diſſ. de pacto quotae litis. *Altorfii* 1677. *Corn. van* ECK Diſſ. de quota litis. *Ultrajecti* 1698. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digeſtor. h. t. §. 15. und *Herm.* CANNEGIETER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. pag. 177. ſeqq.

40) L. 5. C. *h. t.* Vergleiche auch L. 1. C. *Theod. h. t.* und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad eand. L. Tom. I. pag. 159. Zwar glaubt *Io.* WUNDERLICH in Comment. de L. Voluſio Maeciano ICto., itemque de SCto Voluſiano. (*Hamburgi* 1749. 4.) Sect. III. §. 10. daß ein ſolcher Advocat, welcher mit ſeinem Clienten, Gewinnſtes halber, den Vertrag gemacht, dasjenige, was durch den Proceß gewonnen werden würde, unter ſich zu theilen, vermöge des *SCti Voluſiani* auch in die Strafe der Legis Iuliae de vi privata verfallen ſey, und beruft ſich auf die *L.* 6. *D. ad L. Iul. de vi privata.* Allein die Worte dieſes Geſetzes: Qui improbe coëunt in alienam litem, können auch füglich von ſolchen verſtanden werden, welche gleichſam mit einander in Geſellſchaft treten, um andere Leute durch Proceſſe zu ſchikaniren, und den Gewinnſt zu theilen, wie Bach in der unpartheyiſchen Critic über juriſtiſche Schriften 1. Band S. 99. u. folg. gezeigt hat.

verſichert wird [41]). Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [42]), welche der Meinung ſind, daß dem Advocaten ein palmarium auf eine gültige Art verſprochen werden könne, wenn nur kein gewiſſer Theil des ſtreitigen Objects verſprochen worden. Allein es ſtehen dieſer Meinung nicht nur ganz deutliche Geſetze [43]) entgegen, ſondern es widerlegt ſich dieſelbe auch ſchon dadurch von ſelbſt, wenn man erwägt, daß es ja im Grunde für einerley zu halten iſt, ob ich mir auf den Fall, da der Proceß gewonnen wird, einen Theil

H 5 des

41) VOET ad h. tit. §. 18. LAUTERBACH Diſſ. de palmario advocatorum. (*Tubingae* 1671.) §. 25. ſeqq. *Adr.* STEGER Diſſ. de palmario advocatis promiſſo, (praeſ. *Frid. Alexand.* KÜNHOLD. *Lipſiae* 1725. def.) §. 9. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. KRAUSE Diſſ. cit. de eo quod iuſtum eſt circ. ſalar. et honor. advocator. §. 32. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 104. Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 113. NELLER cit. Diſſ. de poſtulando Sect. V. §. 3. Not. ****. Weber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 7. S. 262. und beſonders *de* ULMENSTEIN in Opuſculis iurid. (*Hanov.* 1781. 8.) Nr. V. pag. 155. ſeqq.

42) GAIL Lib. I. Obſ. 44. nr. 2. BERLICH P. I. Concluſ. IX. nr. 76. u. 77. und *Chriſt. Frid. Imm.* SCHORCH in Diſſ. de palmario advocatorum iure licito, eiusque a pacto de quota litis iure illicito differentiis. (in EIUS *Opuſcul. varii argum. Erfordiae* 1792. 8. Nr. 3.)

43) *L.* 7. *D. mandati. L.* 1. *§.* 12. *D. de extraord. cognit.* *L.* 6. *§.* 2. *Cod. de poſtul.* Da dieſe Geſetze einen ſolchen Vertrag verbieten, ſo kann er auch nicht einmal nach canoniſchen Rechten durch einen hinzugekommenen Eid gültig werden. S. LAUTERBACH Diſſ. de palmario advocator. Th. 36. KRAUSE cit. Diſſ. §. 33.

des Erſtrittenen, oder ſonſt ein Geſchenk verſprechen laſſe. Es würde daher das geſetzliche Verbot, de quota litis zu paciſciren, durch das Verſprechen eines palmarii nach Gefallen vereitelt werden können. Nicht zu gedenken, daß es einem habſüchtigen Advocaten ein geringes ſeyn würde, ſeinen Clienten durch Concuſſion und falſche Vorſpiegelung von der mißlichen Lage des Rechtsſtreits zu einem ſolchen Verſprechen zu bewegen; es iſt daher immer zu vermuthen, daß dergleichen Verſprechen nicht aus freien Willen, ſondern aus Furcht geſchehen ſey [44]). Dahingegen iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Advocaten, nach geendigtem Rechtsſtreite, wegen des erfochtenen Sieges, ein palmarium, auſſer ſeinen Gebühren, gültig verſprochen werden könne [45]).

§. 371.

Was iſt noch inſonderheit in Anſehung eines verſprochenen Honorariums oder Salariums bey Advocaten und deren Erben Rechtens?

Dem Advocaten iſt nun entweder eine jährliche Beſoldung ausgeſetzt, oder es ihm eine gewiſſe Summe überhaupt für die Führung des ganzen Proceſſes zur Belohnung verſprochen worden. In dem letztern Falle kann eigentlich erſt nach Beendigung der Sache die verſprochene Belohnung gefordert werden; es wäre denn, daß durch die eigene Schuld des

44) S. *Io. Ge.* CRAMER Diſſ. de concuſſionibus advocatorum. *Lipſiae* 1729. §. 11.

45) *L.* 1. *§.* 12. *D. de extraord. cognit.* Si vero *poſt cauſam actam* cauta eſt honoraria ſumma, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etſi nomine PALMARII cautum ſit. S. LAUTERBACH cit. Diſſ. Th. 25. KRAUSE cit. Diſſ. §. 30. ROSSEL cit. Diſſ. §. 8. pag. 28.

des Clienten die Sache unentſchieden geblieben ſeyn ſollte [46]). Es iſt daher auſſer Zweifel, daß das verſprochene Honorarium dem Advocaten auch dann gebühre, wenn gleich der Proceß durch Vergleich iſt beygelegt worden [47]). Stirbt der Advocat, ehe der Proceß beendiget iſt, ſo kann zwar die ſchon vorausgegebene Belohnung nicht wieder zurückgefordert werden [48]), war hingegen das Honorarium noch nicht bezahlt, ſo gebührt es eigentlich den Erben nur in ſo weit, als es mit den geleiſteten Dienſten des verſtorbenen Advocaten im Verhältniß ſteht [49]). Wenn eine jährliche Beſoldung, ſtatt der Belohnung, ausgeſetzt worden, ſo kann zwar dieſe von dem Advocaten gefordert werden, wenn gleich die in dem verfloſſenen Jahre von ihm geleiſteten Dienſte mit der Beſoldung in keinem Verhältniß ſtehen ſollten [50]). Ob aber auch die Erben ſolche ganz verlangen können, wenn ihr Erblaſſer vor dem Ablauf des Jahres verſtorben iſt?

iſt

46) Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 44. S. 122.

47) LAUTERBACH cit. Diſſ. Th. 47. ROSSEL cit. Diſſ. §. 8. pag. 26.

48) *L. 1. §. 13. D. de extr. cognit.* DIVUS SEVERUS ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti; quia per ipſum non ſteterat, quominus cauſam ageret. S. dieſ. Commentars 4. Th. S. 375. Not. 36.

49) *Ian. a* COSTA Praelection. ad illuſtriores quosd. titulos locaque ſelect. iuris civ. pag. 4. und Danz in den angef. Grundſätzen des ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 44. Not. i. S. 122. Anderer Meinung iſt jedoch KRAUSE cit. Diſſ. §. 17 — 19.

50) CARPZOV in Reſponſ. Lib. III. Tit. I. Reſp. 2. *Burch.* BARDILI Diſſ. de Salariis. Cap. V. Th. 19.

iſt eine Frage, welche von einigen [51]) bejahet, von andern [52]) hingegen verneinet wird. Iſt die Rede von fiskaliſchen Advocaten, ſo iſt es ganz entſchieden, daß den Erben derſelben das ganze Salarium des Sterbejahrs gebührt [53]). Wenn man aber eben dieſes auch auf die Erben anderer Advocaten anwenden will, ſo ſcheint man nicht erwogen zu haben, daß es zu den Privilegien der römiſchen Fiskåle gehörte, daß ſie den ganzen Gehalt des Sterbejahrs auf ihre Erben transmittirten [54]), dergleichen Vorrecht anderen Advocaten nirgends mitgetheilt iſt, und auch auf andere nicht er-

51) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. BARDILI Diſſ. de Salariis. Cap. IX. §. 44. GAILL Obſervat. practicar. Lib. I. Cap. 44. nr. 12. *Iac.* GOTHOFREDUS de Salario. Cap. VI. §. 22. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 9. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 47. u. a. m.

52) *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de anno deſervito ſeu ſalario promerito. Cap. II. §. 17. ſeqq. SCHAUMBURG in Comp. iuris Digeſtor. h. t. §. 11. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 122. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78. S. 333. Danz in den angef. Grundſätzen §. 44. Not. m. S. 122. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 288. u. a. m.

53) *L.* 15. *§.* 1. *C. de advocat. div. iudicior.* Man zweifelt, ob von dieſem Privilegium noch h. z. T. Gebrauch zu machen ſey, weil es mit den römiſchen Fiskålen eine andere Beſchaffenheit hatte, als mit unſern heutigen; und behauptet daher nicht ohne Grund, daß es in Anſehung derſelben h. z. T. eben ſo zu halten ſey, wie mit der Beſoldung der übrigen beſoldeten Dienerſchaft. S. VOET h. t. §. 8. BOEHMER cit. Diſſ. Cap. II. §. 37. Danz a. a. O. Not. l. S. 122.

54) WISSENBACH in Commentat. in Cod. Lib. II. Tit. VII. §. fin. pag. 90.

erſtreckt werden darf, weil Privilegien keine ausdehnende Erklärung zulaſſen. Die advocati fiſci genoſſen mehrere beſondere Rechte, um ſie dadurch aufzumuntern, das Beſte des Fiskus deſto eifriger wahrzunehmen [55]). Es läßt ſich auch nicht füglich von jenem Falle, da dem Advocaten die verſprochene Belohnung vorausbezahlt worden, auf den gegenwärtigen ſchlieſſen, wo von einem ausgeſetzten jährlichen Gehalt die Rede iſt. Denn bey der Pränumeration des Honorariums liegt gleichſam eine conventio ſpei zum Grunde. Der Advocat läßt ſich damit abfinden, die Führung des Proceſſes ſey mehr oder weniger mühſam, welches nicht immer vorauszuſehen iſt. Der Client hingegen, der dem Advocaten die verſprochene Belohnung vorausbezahlt, giebt dadurch zu erkennen, daß er die Gefahr übernehmen wolle, darum zu kommen, wenn der Advocat durch Zufall gehindert würde, es zu verdienen [56]). Allein ein ſolcher auſſerordentlicher Vertrag iſt nicht zu vermuthen, wenn dem Advocaten ein jährliches Salarium ausgeſetzt iſt; denn dieß verſteht ſich immer unter der Bedingung, wenn der Advocat die dafür verſprochenen Dienſte leiſten wird. Stirbt er nun vor dem Ende des Jahres, ſo kann er auch von dem Salarium des letztern Jahrs nicht mehr auf ſeine Erben transmittiren, als er pro rata anni davon verdient hat [57]).

Die-

55) S. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLIX. med. 13.

56) Es läßt ſich alſo wohl kein bündiges Argument aus der *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* für die entgegengeſetzte Meinung hernehmen, wie BOEHMER in cit. Diſſ. Cap. II. §. 26. ſehr gründlich gezeigt hat, zumal da es ohnedem bekannt iſt, quod facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio. *L.* 2. *C. de fideicom. L.* 4. *Cod. de Uſuris.*

57) Cum tam labor, quam pecunia, diviſionem recipiant, ſagt *L.* 10. *pr. D. de ann. legat.*

Dieſe Regel findet überhaupt bey allen beſoldeten Dienern ſtatt [58]), und die Geſetze haben nur aus beſonderer Begünſtigung in Anſehung der fiskaliſchen Advocaten eine Ausnahme davon gemacht..

§. 372.

Von den Mitteln, welche einem Advocaten wegen der Bezahlung des Honorariums zuſtehen.

Da ein Advocat auf die Belohnung für ſeine Mühwaltung ein gegründetes Recht hat, ſo kann er, um ſolche zu erhalten, ſich nicht nur einer gerichtlichen Imploration bedienen, ſondern er iſt auch befugt, die ihm von ſeinem Clienten anvertrauten Urkunden, und Manualacten ſo lange zurück zu behalten, bis er in Anſehung ſeiner Gebühren befriediget worden iſt [59]). Sieht er ſich genöthiget, gericht,

58) *Officium enim quodvis*, ſagt BOEHMER cit. Diſſ. Cap. II. §. 23. *ipſo iure per mortem exſpirat, nec in heredes tranſit, adeoque nulla iuris ratio patitur, ut heredes emolumenta, officio extincto cohaerentia, percipiant.* L. 14. C. de erogat. militar. annonae.

59) *L. 25. in fin. L. 26. D. de procurator.* Einige Rechtsgelehrten wollen zwar dieſes Zurückhaltungsrecht nur auf die Manualacten einſchränken, welche bekanntermaßen als ein Eigenthum des Clienten angeſehen werden; eine Retention der anvertrauten Documente hingegen wollen ſie dem Advocaten darum nicht geſtatten, weil ſolche als ein Depoſitum anzuſehen wären, bey welchem bekannten Rechten nach kein Retentionsrecht ſtatt finde. *L. 11. Cod. depoſit.* Man ſehe VOET h. t. §. 6. u. NELLER in Diſſ. cit. Sect. V. in Supplem. quaeſtion. ad §. 6. pag. 219. Allein weder die oben angeführten Geſetze noch die Praxis erkennen dieſen Unterſchied an, es iſt auch bekannt genug, daß man h. z. T. ſelbſt beym Depoſitum ein Zurückbehaltungsrecht zuläßt, wenn die Gegenforderung des Depoſitars durch

richtliche Hülfe anzurufen, ſo kann die Imploration, (denn einer förmlichen Klage bedarf es nicht) ſogleich bey dem nämlichen Richter angebracht werden, bei welchem er ſeinem Clienten gedient hat[60]). Dieſes Geſuch wird entweder als ein Incidentpunct angebracht, wenn der Proceß noch nicht beendiget iſt, oder es wird als eine eigene mit dem Proceß zuſammenhängende Sache verhandelt, worauf ſodann der Richter durch einen an den Clienten erlaſſenen Zahlungsbefehl executiviſch dem Advocaten zu ſeiner Belohnung verhilft[61]). Uebrigens iſt den Advocaten wegen einer ſolchen Forderung in den Geſetzen weder eine Hypothec, noch ein anderes Vorzugsrecht mitgetheilt worden[62]); ob man ſie gleich, wenn der Client in Concurs verfällt, der Billigkeit

durch das Depoſitum ſelbſt entſtanden iſt. Nur in cauſis publicis, und wo das Staatsintereſſe die Herausgabe der Documente und Acten nothwendig erfordert, wird dem Advocaten kein Retentionsrecht geſtattet. S. WERNHER Obſervat. for. T. II. P. VIII. Obſervat. 98. BARDILI Diſſ. de Salariis Cap. VIII. §. 38.. p 43. KRAUSE Diſſ. cit. de eo, quod iuſt. eſt circa ſalar. et honorar. advocator. §. 45. und beſonders *Io. Frid.* TROPPANNEGER Diſſ. de retentione actorum advocato ob ſalarium non ſolutum competente. *Lipſiae* 1740.

60) MEVIUS P. I. Deciſ. 234. KRAUSE cit. Diſſ. §. 46.

61) *L. 13. §. 9. in fin. Cod. de iudic. Cap. 2. de Reſcript. in in 6to* BARDILI cit. Diſſ. Cap. VIII. §. 41. zur Erläuterung der angeführten L. 13. §. 9. iſt BRUMMER in Comment. ad L. Ciniam. Cap. X. nr. 11. ſeqq. pag. 147. nachzuſehen.

62) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 30. *a* PUFENDORFF Obſervat. iur. univ. Tom III. Obſ. 71. VOET h. t. §. 6. BARDILI cit. Diſſ. Cap. VIII. §. 40. pag. 45. STRYK Diſſ. de privilegiis advocator. Cap. III. §. 6. in fin. Chriſt. Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger Kap. 2. §. 1. S. 79.

keit wegen in der Praxis gewöhnlich in die vierte Klaſſe zu ſetzen pflegt [63]).

§. 373.

Armenrecht.

Arme haben bey Proceſſen das beſondere Recht, daß ihnen ein Advocat von richterlichen Amtswegen beſtellt wird, welcher ihnen unentgeldlich dienen muß, wo nicht etwa nach der beſondern Verfaſſung eines Landes ſchon ein eigener Armenadvocat vom Staate ſelbſt angeſtellet iſt. Arme werden aber diejenigen genannt, die nicht ſo viel im Vermögen haben, daß ſie nach Abzug ihres nöthigen Lebensunterhalts die Koſten des Proceſſes beſtreiten können [64]). Wer zu dieſem Armenrecht zugelaſſen werden will, muß durch glaubhafte Zeugniſſe ſeine Armuth hinreichend beſcheinigen, und den Armeneid ſchwören, welcher theils eine Beſtätigung der wirklichen Armuth, theils das Verſprechen in ſich enthält, daß wenn er dereinſt zu beſſerem Vermögen kommen würde, er alsdann noch alles nach Gebühr gern bezahlen wolle [65]).

63) S. RICHTER Tr. de iure et privilegio creditor. Cap. V. nr. 36. BRUNNEMANN in Proceſſ. concurſ. creditor. Cap. V. §. 64. MEVIUS ad ius Lubecenſe P. III. Tit. I. Art. XI. nr. 69. Ludovici Einleitung in den Concursproceß Kap. 10. §. 61. Eſtors teutſche Rechtsgelehrſamkeit Th. 2. S. 810. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVII. medit. 7. Claproths Einleitung in die ſämmtl. ſummariſchen Proceſſe §. 417. Danz in den Grundſätzen des ord. bürgerl. Proceſſes §. 44. S. 123. und beſonders *Franc. Iuſt.* KORTHOLT Diſſ. de iure ſalarii advocatorum in concurſu creditorum. *Gieſſae* 1770.

64) Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes I. Th. §. 2342. Danz Grundſ. §. 40. S. 109. folg.

65) S. Concept der R. Kammergerichts-Ordnung 1. Th. Tit. 96. und Eſtor a. a. O. §. 2345—2348.

Lib.

Lib. III. Tit. II.

De his, qui notantur infamia.

---

§. 374.

Zuſammenhang dieſes Titels mit dem vorigen. Begriff von Ehre, bürgerlicher Ehre, und Ehrloſigkeit.

Die Abhandlung der Lehre von der Ehrloſigkeit gehört eigentlich in das Perſonenrecht. Denn daß ein Menſch die Rechte der bürgerlichen Ehre im Staate genießt, oder derſelben verluſtig erklärt worden iſt, betrifft ſeinen Zuſtand. Die Erſcheinung dieſes Titels an einem ſo unſchicklichen Orte iſt daher ein Räthſel, welches man freylich nicht anders zu erklären weiß, als daß Ehrloſe für andere vor Gericht nicht poſtuliren können. Dieß brachte wahrſcheinlich die Verfaſſer unſerer Pandecten auf die Gedanken, dieſe Lehre mit dem Titel de poſtulando zu verbinden[66]). Um nun den Begriff von Ehrloſigkeit richtig

66) Unter den Schriften über dieſe Materie verdienen folgende bemerkt zu werden: *Chriſt.* THOMASII Diſſ. de exiſtimatione fama et infamia extra rempublicam. *Halae* 1734. *Henr.* BODINI Diſſ. de iure circa infamiam. *Halae* 1710. *Io. Pet.* BUCHER Diſſ. I. et II. de notione et effectu infamiae. *Steinfurth* 1766. *Io. Henr. Chr. de* SELCHOW Diſſ. continens ſelecta capita doctrinae de infamia. *Goett.* 1770. *Henr. Valent.* BECKER Diſſ. de dignitate, honore et exiſtimatione. *Roſtochii* 1789. In Anſehung des teutſchen Rechts ſind noch insbeſondere zu bemerken: *Phil. Lud.* HUTH Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia. *Altdorf.* 1723. Hektor Wilhelm von Günderrode über die bürgerliche Ehre bey den Teutſchen, in Deſ-

richtig beſtimmen zu können, muß man zuerſt wiſſen, was bürgerliche Ehre heißt. Das gleichſtimmige Urtheil des Publikums von den moraliſchen Eigenſchaften einer Perſon, nennt man Ruf, Gerücht, Name, Credit, (*fama*, *exiſtimatio*). Dieſes gründet ſich nun entweder auf ſittliche Vollkommenheiten, oder auf ſittliche Unvollkommenheiten eines Menſchen. Im erſtern Falle nennt man ein ſolches günſtiges Urtheil der Menſchen über unſere moraliſche Vollkommenheiten, einen guten Ruf, einen guten Namen (*bona fama*, *integra exiſtimatio*); dahingegen wird das ungünſtige Urtheil des Publikums über unſere moraliſche Unvollkommenheiten, ein übler Ruf, ein ſchlechter Name (*mala fama*) genennt. Zu einem guten Namen werden nun dreyerley Eigenſchaften erfordert:

1) eheliche Geburt. Denn nach teutſchen Sitten klebt den unehelichen Kindern ein Schandfleck an, der ſie in der bürgerlichen Geſellſchaft anrüchtig, und zu dem Genuß mancher bürgerlichen Rechte unfähig macht.

2) Rechtmäſigkeit unſerer Handlungen, und zwar müſſen unſere Handlungen nicht nur gerecht ſeyn, d. i. nicht vollkommene Pflichten gegen andere verletzen, ſondern ſie müſſen auch ehrbar und anſtändig ſeyn, d. i. nicht wider den Wohlſtand und die guten Sitten ſtreiten. Daher ſchadet ein Menſch, der ſich dem Trunke ergiebt, ſeinem guten Namen. Endlich

3) ehr-

ſelben von D. Poſſelt herausgegebenen Werken 2. Band S. 187. ff. und Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 3. Band. S. 59 ff.

3) ehrliche Handthierung, und unverwerfliche Lebensart. Daher ſind Schinder, und Abdecker, Landſtreicher und Vagabonden, herumirrende Zigeuner, Marktſchreier, Gauckler, Marionettenſpieler, Bärenführer u. d. m. verachtete und anrüchtige Leute[67]).

Von dem guten Rufe und ehrlichen Namen eines Menſchen hängt nun der Genuß gewiſſer bürgerlicher Rechte im Staate ab, deren Inbegriff die bürgerliche Ehre (*fama* ſ. *exiſtimatio civilis*) genennt wird[68]). Dieſe muß von der gemeinen Ehre eines Menſchen unterſchieden werden. Die gemeine Ehre begreift nämlich theils die abſolute Achtung, welche jeder Menſch, als ſolcher, fordern kann; theils die beſondere Achtung in ſich, welche ſich auf die einem Menſchen eigne Fähigkeiten und Fertigkeiten bezieht[69]). Der Unterſchied beſteht darin, daß die abſolute Achtung unverletzlich iſt, ſoweit nicht Jemand durch ſeine eigene unerlaubte Handlung den Andern nöthiget, ſeinem Rechte, ohne Schonung der Ehre des Andern, gemäß zu handeln. Dieſe kann daher auch ſelbſt dem Ehrloſen nicht entzogen werden, ſondern der Staat muß auch ſolche Perſonen beym Genuß der abſoluten Achtung gegen Beleidigungen Anderer ſchützen[70]). Auch der Ehrloſe, ſo fern er nur nicht ganz für rechtlos erklärt iſt, genießt demnach noch Sicherheit für ſeine Perſon;

67) S. Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 310.

68) *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de fama forenſi. *Vitemb.* 1732.

69) Kleins Grundſätze des gemeinen teutſchen und preußiſchen peinlichen Rechts. §. 208.

70) Klein in den angef. Grundſätzen §. 224.

ſon; niemand darf ſich einen thätlichen Angriff auf ſeine Perſon erlauben, noch ſich für befugt halten, ihn mit Schelt- und Schimpfreden nach Willkühr zu beleidigen [71]). Allein mit der beſondern Achtung verhält ſich die Sache anders. Dieſe hängt lediglich von der Meinung und dem Urtheile Anderer über uns und unſere Vollkommenheiten ab, und kann, weil einem Jeden freyſteht, ſein Urtheil zurück zu nehmen, nicht als etwas, das dem Beurtheilten eigenthümlich zugehört, betrachtet werden [72]). Denn Niemand hat das Recht, ſeine Nebenmenſchen zu zwingen, daß ſie ſeine wirkliche oder vermeintliche Fähigkeiten und Vollkommenheiten anerkennen, und daher ſo und nicht anders über ihn urtheilen ſollen; und eben ſo wenig haben diejenigen, welche ihr Urtheil ſchon gefällt haben, ein Recht zu fordern, daß Andere auch dem ihrigen beytreten ſollen [73]). Auch das größte Verdienſt um das gemeine Wohl, und die vollkommenſte bürgerliche Tugend dürfte an ſich wohl ſelbſt im Staate noch kein wirkſames Recht auf eine vorzüglichere Achtung oder äuſſere Verehrung hervorbringen [74]). Allein der bürgerlichen Geſetzgebung kommt es zu,

71) VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVII. Tit. X. §. 4. und Weber über Injurien und Schmähſchriften 1. Abtheilung §. 3. S. 28.

72) Klein in den Grundſ. des peinlichen Rechts §. 208.

73) Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preußiſchen Staaten. 2. Band S. 41. folg.

74) Mit Recht ſagt daher ſchon PUFENDORF de iure naturae et gentium Lib. VIII. Cap. IV. §. 14. *Omnia exiſtimationis intenſivae fundamenta in ſe non producunt niſi ius imperfectum ad habendum ad aliis honorem et venerationem. Adeoque ſi eun-*

zu, den Rang der verſchiedenen Stände und Mitglieder des Staats ſammt den äuſſern Merkmalen und Wirkungen deſſelben feſtzuſetzen, und jedem diejenige Achtung zuzuſichern, welche ſein Stand erfordert [75]). Dieſe Achtung, wornach der Menſch im Staate den Werth hat, und dasjenige gilt, wofür er von der oberſten Gewalt ſelbſt anerkannt und geſchätzt wird, iſt die eigentliche **bürgerliche Ehre**, von welcher wir hier reden. Dieſe beſteht alſo in dem vollkommenen Genuße derjenigen Rechte und Vorzüge, welche ihren Grund in der Achtung haben, die die bürgerliche Geſellſchaft ihren Mitgliedern, und zwar jedem nach ſeinem Stande, zugeſichert hat [76]); und iſt, ſo wie die abſolute Achtung, unverletzlich, inſofern nicht Jemand durch den Staat ſelbſt der bürgerlichen Ehre verluſtig erklärt worden iſt [77]). Der Mangel dieſer bürgerlichen Ehre, und

 der

eundem aliis ETIAM BENEMERITIS *quis denegaverit, non poteſt dici, injuriam feciſſe, ſed duntaxat inhumanitatis, aut, ſi ita loqui licet, incivilitatis notam ſibi contraxiſſe.*

75) Man vergleiche hier beſonders **Weber** über Injurien 1. Abtheil. §. 1. S. 15.

76) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. ſagt: DIGNITATEM *ſeu* EXISTIMATIONEM CIVILEM *accipere debemus eam conditionem, qua fit, ne quis habeatur indignus iis rebus, aut plerisque, quae civibus ſingulis, in ſuo cuique ordine, tribui ſolent: cuius generis haec ſunt: in civitate eſſe licere; rebus communibus uti, ut communibus; fungi in ea civilibus et virilibus officiis tum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honeſto viro pati; honores ordini ſuo convenientes capeſſere.*

77) *L.* 5. §. 1. *D. de extraord. cognit.* wo es heißt: *Exiſtimatio* eſt dignitatis illaeſae ſtatus, legibus ac moribus comprobatus,

der Verluſt der davon abhängenden bürgerlichen Rechte wird die Ehrloſigkeit im weitläuftigen Verſtande genennt, und dieſe in die eigentliche Infamie, und in die Anrüchtigkeit, oder *levis notae maculam* eingetheilt [78]. Rührt nämlich der Mangel der bürgerlichen Ehre aus überwieſenen, oder ſonſt gemein bekannten ſchändlichen Handlungen her, ſo iſt es eigentliche Infamie [79]). Iſt aber bloß uneheliche Geburt, oder verwerfliche und ſchmutzige Handthierung, oder ſtarker Verdacht eines begangenen peinlichen Verbrechens, weßhalb Jemand in Special-Inquiſition gerathen iſt, die Urſache einer, von den Geſetzen ſelbſt im Allgemeinen gebilligten, öffentlichen Verachtung, um welcher willen die damit behafteten Perſonen gleichfalls des völligen Genuſſes der allgemeinen Vorrechte ehrlicher Mitglieder der bürgerlichen Geſellſchaft, ſo lange nicht der Flecken abgetilgt iſt, entbehren müſſen, ſo wird dieſer Zuſtand Anrüchtigkeit, oder *levis notae macula* genennt. Von dieſer werde ich §. 385. ausführlich handeln. Jetzt von der eigentlichen Infamie.

§. 375.

tus, qui ex delicto noſtro auctoritate legum aut minuitur aut conſumitur.

78) S. WOLTAER Obſervat. iur. civ. et Brandenburg. Faſc. I. Obſ. 22. §. 1.

79) Man unterſcheide von der Ehrloſigkeit die Rechtloſigkeit, worunter man den gänzlichen Verluſt aller bürgerlichen Rechte verſteht. Dieſe entſteht aus der Achtserklärung, und ſolche Rechtloſe nennte das Mittelalter Verzellte. Verzellen hieß nämlich in der Sprache des Mittelalters einen ſeiner Ehre, Rechte und Güter verluſtig erklären. S. Joh. Fried. Klotzſch vom Verzellen. Dresden 1765. 8. und WOLTAER cit. loc. Not. 2. pag. 123.

§. 375.

Natürliche und bürgerliche Infamie. Erläuterung der L. 42. D. de Verb. ſignif.

Die Infamie entſteht nun entweder aus ſolchen Handlungen, die ſchon das Vernunftrecht für ſchändlich erklärt, oder ſie rührt aus ſolchen unerlaubten Handlungen her, worauf bloß die bürgerlichen Geſetze die Strafe der Ehrloſigkeit geſetzt haben. Im erſten Falle nennt ſie unſer Verfaſſer natürliche, im andern Falle hingegen bürgerliche Infamie. Es gründet ſich dieſe Eintheilung auf die bekannte Stelle Ulpians in der *L. 42. D. de Verbor. ſignificat.* wo es heißt: Probrum et opprobrium id eſt. Probra quaedam *natura turpia* ſunt, quaedam *civiliter* et quaſi *more civitatis*: utputa furtum, adulterium, natura turpe eſt; enimvero tutelae damnari, non natura probrum eſt, ſed more civitatis. Nec enim natura probrum eſt, quod poteſt etiam in hominem idoneum cadere. Dieſe Stelle iſt aus ULPIANI *Lib. 57. ad Edictum* genommen, wo dieſer Juriſt das Edict des Prätors von Injurien erläutert, welches in der *L. 15. §. 2. D. de iniuriis* enthalten iſt [80]). Da dieſes Edict bloß von Verbalinjurien und inſonderheit von ſolchen handelt, welche in beleidigenden Vorwürfen ſchändlicher Handlungen beſtehen [81]); ſo beſtimmt Ulpian zuvör-

80) S. GOEDDEUS in Comment. ad Tit. Dig. de verbor. ſignif. h. L. nr. 2. und CUJACIUS in Comm. ad eund. Tit. eandemque Leg.

81) Es erhellet dieſes beſonders aus den *LL. 7. 9. 11. 13. 15. u. 17. D. de injur.* welche aus dem nämlichen *Lib. 57. ad Edictum* genommen ſind. Zwar hat die L. 15. deren §. 2. die Wor-

zuförderſt die Bedeutung des Worts Probrum, weil ſelbiges bekanntlich mehrere Bedeutungen hat[82]). Daher ſagt er: probrum et opprobrium id eſt, welches hier ſoviel heißt, als idem eſt, wie auch ſchon Cujaz[83]) bemerkt hat. Eigentlich heißt zwar *Probrum* ſoviel als eine unerlaubte Handlung, ein Verbrechen, eine Schandthat, wie Ducker[84]) aus mehrern Stellen der Klaſſiker erwieſen hat. *Opprobrium* hingegen bezeichnet die aus einem Verbrechen entſpringende Schande. Weil es nun aber doch gleichviel iſt, ob ich dem Andern ein Verbrechen vorwerfe, oder ihn für einen ſchändlichen Menſchen halte; ſo konnte **Ulpian** in Beziehung auf das Edict des Prätors von Injurien die Worte *probrum* und *opprobrium* allerdings für gleichbedeutend nehmen[85]). Hiernächſt macht nun der Röm. Juriſt einen Unterſchied zwiſchen ſolchen unerlaubten Handlungen, die ſchon das Naturrecht für ſchändlich erkennt, und ſolchen, die blos das Civilrecht für infamirend erklärt. Zu den ſchändlichen Handlungen der erſten Art rechnet er Dieb-

Worte des Edicts enthält, in den gemeinen Ausgaben die Ueberſchrift: ULPIANUS *Lib. 77. ad Edictum.* Allein da Ulpian Lib. 57. ſeines Commentars ex inſtituto von Injurien gehandelt, ſo iſt die Ueberſchrift der L. 15. ohne Zweifel unrichtig, wie auch DUCKER in Opuſcul. de latinitate ICtorum vet. pag. 120. bemerkt hat.

82) Man ſehe WALCH ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 145. pag. 275.

83) Lib. IX. Obſerv. cap. 15. Eben dieß hat noch mit mehreren beſtätigt FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 36.

84) Opuſcul. de latinitate vet. ICtorum. pag. 116.

85) S. *Iul. a* BAYMA Commentar. in Tit. Dig. de Verb. Significat. (*Leovardiae* 1649. 8.) ad h. L. 42. pag. 71.

Diebſtahl und Ehebruch, denn dieſe Verbrechen laſſen ſich ohne einen Dolus faſt nicht denken[86]). Allein wenn ein Vormund ſich ſo ſuſpect gemacht hat, daß er ſeines Amts entſetzt werden kann, ſo iſt das kein ſolches Verbrechen, welches das Naturrecht für ſchändlich erklärt, ſondern die bürgerlichen Geſetze haben nur die Ehrloſigkeit darauf geſetzt[87]). Denn nach dem Rechte der Pandecten war nicht gerade nothwendig, daß der Vormund den Pupillen vorſetzlich betrogen haben mußte, ſondern eine grobe Nachläßigkeit wurde in dieſem Falle dem Betruge gleich geachtet, wie **Johann Vollenhove**[88]) ausführlich dargethan hat.

86) *L.* 51. *D. pro Socio. L.* 43. *D. ad Leg. Iul. de adulter.*

87) *Ger.* NOODT Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 13. hält die Worte: *ſed more civitatis* für eine Gloſſe, aber ohne hinreichenden Grund, wenn ihm gleich *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 8. beyſtimmt. Der ganze Zuſammenhang des Geſetzes lehrt, daß ſie nothwendig ſind, und daher beybehalten werden müſſen. Auch in den Libris *Baſilikῶν* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. pag. 46. werden ſie als ächt anerkannt; wie ſchon WAECHTLER in Opuſcul. pag. 221. ſeq. *Abr.* WIELING in lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 10. *Chriſt. Henr.* ECKHARDT in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VII. §. 286. u. a. mehr gegen Noodt erinnert haben.

88) Diſſ. de ſuſpectis tutoribus et curatoribus. Cap. VIII. §. 6. et ſeq. (in OELRICHS *Thes. nov. Diſſ. Belgic.* Vol. 1. T. 1 p. 247. ſeqq.) Man vergleiche mit der *L.* 1. *D. h. t.* die *L.* 7. *§.* 1. *D. de ſuſpect. tut.* und *L. ult. D. ubi pupill. educari deb.* Siehe auch VOET in Comment. ad h. Tit. §. 2. und *Hieron. de* OROZ de apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. V. cap. 5. nr. 4. pag. 362. Es läßt ſich jedoch aus dem *§.* 2. *I. de poena temere litigant.* nicht undeutlich ſchließen, daß in iudicio tutelae die culpa lata nur dann dem dolo gleich geachtet worden, wenn der Vormund, ſtatt dem Pupillen den verurſachten Schaden in

Eine ſolche Nachläſſigkeit macht den Vormund wenigſtens more civitatis inſofern unehrlich, daß er zu keiner Vormundſchaft wieder gelangen kann[89]). Das Naturrecht hingegen erkennt eine bloße Nachläſſigkeit, ohne böſen Vorſatz, nicht für eine ſo ſchändliche Handlung, daß ein Menſch deßwegen infam würde, weil auch zuweilen ein ſonſt redlicher und rechtſchaffener Mann (homo idoneus) ſich einer groſen Nachläſſigkeit ſchuldig machen kann. Ob nun gleich darin die meiſten Ausleger übereinſtimmen, daß der Ausdruck *tutelae damnari* nicht bloß vom Dolus, ſondern hier vorzüglich von der culpa lata zu verſtehen ſey, indem, wenn ein Vormund ſeinen Pupillen vorſetzlich betrügt, dieſes ohnſtreitig ſchon nach dem Vernunftrecht für eine ſchändliche Handlung zu achten iſt, die kein rechtſchaffener Mann begehen wird; ſo iſt man doch über den eigentlichen Sinn der Worte *more civitatis* nicht einig. Mehrere Rechtsgelehrten[90]) wollen darunter nicht ſowohl das Civilrecht

Güte zu erſetzen, mit demſelben einen Proceß anfieng; denn Juſtinian rechnet die Infamie mit unter die Strafen des verwegenen Litigirens: *ſi quis tutelae fuerit damnatus.* So viel iſt indeſſen gewiß, daß nach dem neuern röm. Recht nur erwieſener vorſätzlicher Betrug den Vormund infamirt. *L.* 1. 2. 4. 5. 6. und beſonders *L.* 9. *Cod. de ſuspect. tut.* *L.* 2. *C. de tut. vel. curat. qui ſatis non ded.* S. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 6. I. de ſuspect. tutor.

89) *Io.* IENSEN in ſtrictur. ad Rom. iur. Pandect. et Codicem pag. 518.

90) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VIII. cap. 8. pag. 1027. *Abr.* WIELING in lection. iur. civ. c. l. pag. 57. und *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano. ad L. 5. D. de Iuſt. et et Iure. Exercit. XII. §. 33. pag. 207. in fin. et ſeq.

recht ſelbſt, als vielmehr das Urtheil der Bürger verſtehen, welche insgemein das ſchlimmſte zu denken gewohnt ſind, und daher denjenigen, welcher von der Tutel iſt abgeſetzt worden, gleich für unehrlich zu halten pflegen, nicht anders, als wenn er, wer weiß, welche Betrügereyen begangen hätte. Allein ich kann dieſer Erklärung nicht beyſtimmen. Unmöglich konnte **Ulpian**, der hier zeigen wollte, welche probra naturaliter, und welche civiliter talia ſind, einem unbilligen Volksurtheile das Wort reden, es iſt vielmehr bekannt, daß in unſern Geſetzen die Ausdrücke *civiliter* und *more civitatis* dasjenige bezeichnen, was durch das Civilrecht eingeführt worden, oder ſonſt demſelben gemäß iſt [91]). Warum übrigens **Ulpian** zwiſchen probris naturalibus und civilibus unterſcheidet, läßt ſich leicht errathen, da ſeine Abſicht war, das Edict des Prätors von Verbalinjurien zu erläutern. Ob man aber den eigentlichen Sinn des Rechtsgelehrten getroffen habe, wenn man den Unterſchied zwiſchen den angegebenen beyden Arten von probris darin ſetzt, daß der Vorwurf einer ſchon natürlich ſchändlichen Handlung allemahl eine Injurie ſey, nicht aber, wenn man den Andern einer Handlung beſchuldigt, die nur civiliter und more civitatis infamirt, wie beſonders **Göddäus** [92]) und **Pothier** [93]) behaupten, will ich hier nicht wei-

91) *L.* 1. §. 1. *D. Si menſ. fals. mod. dix. L.* 14. *D. de obligat. et act. L. ult. D. rem pup. ſalv. fore. L.* 8. *D. de acquir. vel omitt. hered. L.* 34. §. 1. *D. de contrah. emt. L.* 7. *D. de ſupel. leg. L. ult.* §. 27. *D. de muner. et honor.* Conf. BRISSONIUS de verb. Signif. v. *mos* et *civiliter.*

92) In Commentar. in Tit. 16. Libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 42. cit. nr. 12. p. 510.

93) In Pandect. Iuſtinianeis Tom. III. Tit. de Verb. Signif. Nr. CLXXVIII. Not. e. pag. 682.

weiter unterſuchen; mir iſt es genug, gezeigt zu haben, daß die von unſerm Verfaſſer hier vorgetragene Eintheilung der Infamie in die natürliche und bürgerliche den Geſetzen des Röm. Rechts nicht unbekannt ſey.

§. 376.

Nähere Erklärung der natürlichen Infamie. Eintheilung der Ehrloſigkeit in *infamiam iuris* und *facti.*

Nach der Lehre Ulpians giebt es alſo eine natürliche Ehrloſigkeit, welche aus ſolchen Handlungen entſpringt, die ſchon von Natur ſchändlich ſind. Soll dieſe jedoch einen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte und Verhältniſſe haben, ſo muß das Civilgeſetz ſolche beſtätigen. Denn die vorzüglichſten Wirkungen, welche die bürgerliche Ehre mit ſich bringt, verdankt ſie dem Staate und der poſitiven Geſetzgebung. Nur der Staat darf die Bedingungen vorſchreiben, unter denen er die Vorzüge eines guten Namens ſeinen Bürgern geſtatten will; er kann alſo auch dieſe Vortheile denjenigen verſagen und entziehen, welche ſich derſelben durch Handlungen, die mit dem Wohle des Staats ſtreiten, unwürdig gemacht haben. In dieſer Hinſicht kann man mit Recht ſagen, daß es auſſer dem Staate keine eigentliche Infamie gebe [94]). Es iſt zwar nicht zu läugnen, daß ein Menſch, der ſich Eingriffe in die Rechte ſeiner Mitbürger erlaubt hat, auch auſſer dem Staate auf guten Namen und Ehre keinen Anſpruch machen kann. Ein Menſch, der nicht Treue und Glauben hält;

94) Man ſehe hier vorzüglich des Hrn. Hofr. Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 73. und 74. S. 123. ff.

hält; der ſich eine Freude daraus macht, andern Tort und Schaden zu thun; der Ungerechtigkeiten ausübt, der dem Andern ohne Recht das Seinige nimmt; ferner ein Menſch, der ſich der Wohlluſt, der Schwelgerey und dem Trunk ergiebt, würde auch im Naturzuſtande ſeinen Credit verlieren, und in den Augen ehrliebender und rechtſchaffener Menſchen verabſcheuungswürdig ſeyn. Allein deßwegen kann man doch nicht gleich jedem Menſchen, der ſich durch natürlich ſchändliche Handlungen ehrloß gemacht hat, auch im Staate die bürgerlichen Rechte entziehen, weil der gute Name auſſer dem Staate lange die Folgen nicht hat, welche ihm der Staat, und die poſitive Geſetzgebung beylegt. In dieſer Rückſicht ſagt unſer Verfaſſer ganz recht, daß nicht alle Handlungen, welche nach dem Vernunfrechte für ſchändlich zu halten ſind, auch gleich in der bürgerlichen Staatsgeſellſchaft infamiren, obgleich freylich das von ihm gewählte Beyſpiel nicht dahin gehört. Denn vorſetzliche Banqueroutirer (fraudulenti decoctores), welche ſich durch ihre verſchwenderiſche Lebensart auſſer Stand geſetzt haben, ihre Schulden zu bezahlen, contrahiren nicht bloß eine natürliche Infamie, ſondern auch die bürgerlichen, ſowohl Römiſchen[95]), als teutſchen Reichsgeſetze, erklären ſie für ehrloß[96]). Allein wer wird es wohl läugnen, daß der

95) Man vergleiche *Guil.* FORNERII Selection. Lib. II. cap. 27. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. II. col. 77.) und *Iac.* GOTHOFREDI Comment. in Tit. Pandectar. de diverſ. Reg. iur. ad L. 144. h. T. pag. 603.

96) Die teutſchen Reichsgeſetze verordnen, daß muthwillige Banqueroutierer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aemtern, Ehren und Würden gelaſſen werden, und keinen Anſpruch auf In-

der Mißtrauiſche, der Neidiſche, der Geitzige, der Unverſchwiegene, der Lügner auch auſſer dem Staate die gerechte Verachtung eines jeden rechtſchaffenen verdient, und dennoch erklären die bürgerlichen Geſetze dergleichen Menſchen nicht überall für ehrloß. Mit einem Worte, die natürliche Ehrloſigkeit kann nur in ſofern auch in der bürgerlichen Geſellſchaft von Wirkung ſeyn, als ſie von den bürgerlichen Geſetzen dafür ebenfalls anerkannt, und ihr daher rechtliche Wirkungen beygelegt worden ſind. Es bleibt alſo Wahrheit, daß alle Infamie, welche bürgerliche Wirkungen haben ſoll, von den Civilgeſetzen beſtätiget ſeyn müſſe. Wenn nun aber die bürgerlichen Geſetze mit einer ſchon natürlich ſchändlichen Handlung darum, weil ſie auch mit dem Wohle der bürgerlichen Geſellſchaft ſtreitet, den Verluſt der bürgerlichen Ehre, als eine Strafe, verknüpfen; ſo kann dieß auf mehr als eine Art geſchehen, und daher die bürgerliche Ehrloſigkeit mancherley Stuffen haben. Es laſſen ſich beſonders zwey Fälle gedenken. Entweder das Civilgeſetz beſtimmt ausdrücklich eine gewiſſe Handlung, und verordnet, daß wer ſolche begeht, ehrloß ſeyn, oder dafür erklärt werden ſolle; z. B. wer einen Diebſtahl oder Ehebruch begeht, ſoll für infam erklärt werden; oder das bürgerliche Geſetz hat nicht insbeſondere eine gewiſſe Handlung mit der Ehrloſigkeit belegt, ſondern nur im Allgemeinen beſtimmt, daß derjenige, welcher die Pflichten eines redlichen Bürgers nicht erfüllt, vielmehr Handlungen begeht, die nicht nur eine

Indulte und Moratorien, die den unglücklichen Schuldnern ſonſt bewilliget zu werden pflegen, machen ſollen. Man ſehe die Reichspolicey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2. und Quiſtorps Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. XIII.

eine natürliche Schändlichkeit mit ſich führen, ſondern auch dem gemeinen Wohle der bürgerlichen Geſellſchaft nachtheilig ſind, auf die Rechte der bürgerlichen Achtung keinen vollkommenen Anſpruch haben ſolle. So z. B. ſtreitet es gegen die Pflichten eines rechtſchaffenen Bürgers, ein Trunkenbold zu ſeyn. Denn was kann ein ſolcher Menſch, der ſelten nüchtern wird, zum Beſten der bürgerlichen Geſellſchaft wirken? Wie kann man einem ſolchen ein öffentliches Amt anvertrauen? wie kann man ihm, wenn es auf die Ablegung eines Zeugniſſes ankommt, vollkommenen Glauben beylegen? Wenn nun gleich die bürgerlichen Geſetze die Trunkenheit nicht beſonders mit der Infamie belegen, ſo billigen ſie doch die Verachtung, welche ſolche Menſchen, die einen anſtöſſigen und mit dem Wohle des Staats ſtreitenden Lebenswandel führen, verdienen, und wollen nicht, daß ſie jene Vorzüge eines unbeſcholtenen Namens genieſſen ſollen, deren ſie nur ehrliche und rechtſchaffene Bürger würdig halten. Hieraus entſteht nun eine zweyfache Art der Ehrloſigkeit, welche die Geſetze anerkennen, und welche beyde in ihren rechtlichen Wirkungen ganz verſchieden ſind. Die Infamie der erſtern Art nennt man insgemein *infamiam iuris*, die der andern Art hingegen *infamiam facti*. Ich weiß zwar wohl, daß mehrere, ſowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten [97]), dieſe

97) Unter den ältern Rechtsgelehrten waren ſchon NIELLIUS Lib. II. Disputat. feudal. Theſ. 6. lit. D. PACIUS Iſagoge Digeſtor. h. t. WISSENBACH in Exercit. ad Pand. Disp. XI. §. 13. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. ſeq. *Pet.* BELLOIUS Varior. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (Tom. IV. *Theſ. Meermann.* pag. 677. ſeq.) und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. IV. §. 10. pag. 97. wel-

dieſe Eintheilung verwerfen, weil alle Ehrloſigkeit eine Strafe ſey, welche der Richter nicht eher erkennen dürfe, als bis es das Geſetz ausdrücklich erlaubt. Noch viel weniger aber könnten Ehre und Schande in der bürgerlichen Geſellſchaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältniſſen, der willkührlichen Entſcheidung des Publikums unterworfen werden. Allein kommen gleich jene Benennungen in den Geſetzen ſelbſt nicht vor, ſo iſt doch die Sache ſelbſt, die man dadurch bezeichnet, in den Geſetzen ohne allen Zweifel gegründet, wie auch ſchon von andern Rechtsgelehrten [98]) hinlänglich dargethan worden iſt. Es iſt wahr, die

welche die infamiam facti nicht annehmen. Unter den neuern verdienen bemerkt zu werden STRECKER Diſſ. de non ente civili infamia facti. *Erf.* 1736. de SELCHOW ſelect. capita doctrinae de infamia. *Goett.* 1770. Sect. I. §. 3. *Chr. Gottl.* EINERT Exercit. iur. qua, praeter unam mediatam iuris infamiam, nullam exiſtere infamiae ſpeciem def. *Lipſiae* 1777. Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 301. u. 302. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 3. Band §. 301. und Kleinſchrod in der ſyſtemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 85.

98) Unter den ältern Rechtsgelehrten hat ſchon *Franciſc. de* AMAYA in Commentar. in tres poſterior. libros Cod. Iuſtin. (*Lugd.* 1639. fol.) Tom. I. Lib. X. Tit. 57. nr. 7.—15. pag. 566. ſeq. den DONELLUS gründlich widerlegt. Unter den neuern nenne ich vorzüglich *Luc. van. de* POLL de exheredatione et praeteritione (*Ultrajecti* 1712. 4.) Cap. LXII. §. 17. p. 452. ſeqq. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. Carl Adolph Braun von der infamia facti. (in den Erlangiſchen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 33. 38. u. 50.) *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 9. und *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. n.

die ſo genannte infamia facti hat nicht diejenigen nachtheiligen Wirkungen, mit welchen die infamia iuris verknüpft iſt, ſie kann auch eher aufgehoben werden, als die letztere. Daher wird auch nur diejenige Ehrloſigkeit, welche die Rechtsgelehrten infamiam iuris nennen, mit dem eigentlichen Namen *infamia* in den Geſetzen belegt. Daß aber deſſen ungeachtet die römiſchen Geſetze, auſſer der infamia iuris oder der eigentlich ſo genannten *infamia*, noch eine andere Art der Ehrloſigkeit annehmen, welche aus einem ſchändlichen und mit dem Wohle des Staats ſtreitenden Lebenswandel entſteht, und auch derſelben rechtliche Wirkungen beylegen, wenn ſie gleich ſolche nicht gerade mit dem Namen einer infamiae facti belegen, läßt ſich aus mehreren Stellen des römiſchen Geſetzbuchs erweißen. So ſagt erſtlich Julianus[99]) von denen, welche actione doli oder iniuriarum belangt worden, allein per procuratorem litigirt haben: licet *verbis Edicti* non habeantur *infames* ita condemnati, *re tamen ipſa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.* Es würde ferner eine höchſt auffallende Tavtologie in der Verordnung des Kaiſers Conſtantin des Großen ſeyn, wo es heißt[100]): Neque famoſis neque notatis, et *quos ſcelus, aut vitae turpitudo inquinat*, et quos infamia ab honeſtorum coetu ſegregat, dignitatis portae patebunt, wenn man ſie bloß von denjenigen erklären wollte, die mit einer infamia iuris behaftet ſind. Eben dieſer Kaiſer unterſcheidet an einem andern Orte[1]) *infamiam* und *turpi-*

99) *L. 2. D. de obſequiis parent. et patron. praeſtand.*

100) *L. 2. Cod. de Dignitatibus.*

1) *L. 27. Cod. de inoff. teſtam.*

turpitudinem von einander, legt jedoch der letztern eben die Wirkung bey, daß wenn man eine ſolche ſchändliche Perſon im Teſtamente ſeinem Bruder vorgezogen, dem Uebergangenen die querela inofficioſi gegen ein ſolches Teſtament zuſtehen ſolle. Auf gleiche Weiſe machen die Geſetze einen Unterſchied zwiſchen ſolchen Handlungen, welche im eigentlichen Verſtande infamiren, und ſolchen, *quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari* [2]), oder wie ſie auch zu ſagen pflegen: *quae pudorem tantum ſugillant* [3]). Daß endlich die Geſetze in ſolchen Fällen, wo ſie auch keine Infamie insbeſondere verordnet haben, dennoch wenigſtens die Verachtung nicht mißbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheil rechtſchaffener und verſtändiger Leute verdienen, die ſich durch natürlich ſchändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung, und der damit verknüpften Vortheile, unwürdig gemacht haben, beweiſen noch inſonderheit folgende Geſetze. So reſcribiren erſtlich die Kr. Diocletian und Maximian [4]): Etſi libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarſiſſe te cognitum eſt; tamen cum ancillas compreſſiſſe, non liberas ſtupraſſe, detectum ſit, ex huiusmodi ſententia *gravatam potius opinionem tuam*, quam *infamia adflictam eſſe*, manifeſtum eſt; und Kr. Alexander [5]) ſagt: Ea, quae pater, teſtamento ſuo filios increpans, ſcripſit, infames quidem filios iure non faciunt, *ſed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri diſplicuit, onerant.* Endlich lehrt auch Calliſtratus [6]), daß

2) *L.* 20. *D. h. t.*
3) *L.* 10. §. 12. *D. de in ius vocando.*
4) *L.* 25. *Cod. ad L. Iul. de adulter.*
5) *L.* 13. *Cod. Ex quib. cauſ. infam. irrogat.*
6) *L.* 3. *pr. D. de Teſtibus.*

daß bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorzüglich darauf geſehen werden ſolle, an *honeſtae*, et *inculpatae vitae*, an vero *notatus* quis, et *reprehenſibilis* ſit. Kann man nun von ſolchen Menſchen, quos vitae turpitudo inquinat, et quorum opinio apud bonos honeſtosque gravata eſt viros, und welche die Geſetze dennoch von denen, qui infames iure habentur, unterſcheiden, nicht wohl ſagen, daß ſie homines integrae exiſtimationis ſind, wofür man ſie doch halten müßte, wenn man die infamiam iuris nur für die einzige Art der Ehrloſigkeit halten wollte; genieſſen ferner ſolche Menſchen auch wirklich nicht mehr die vollkommenen Rechte und Vorzüge eines guten Namens, da ſie nach Maßgabe der angeführten Geſetze von Ehrenſtellen ausgeſchloſſen ſeyn [7]), und Geſchwiſtern im Teſta-

 ment

7) Man pflegt zwar dieſer Behauptung die *L. 12. D. de decurion.* entgegen zu ſetzen, wo geſagt wird, daß auch ſogar diejenigen, welche eines Policeyvergehens wegen von den Aedilen gegeiſelt worden ſind, dennoch vom Decurionate und andern Municipalämtern nicht auszuſchließen wären. Allein es wird doch erſtlich in der angeführten Stelle ausdrücklich geſagt: *inhoneſtum tamen eſſe, huiusmodi perſonas, flagellorum ictibus ſubiectas, in ordinem recipi: et maxime in iis civitatibus, quae copiam virorum honeſtorum habent.* Sodann war es auch nöthig, in Anſehung des Decurionats und der übrigen öffentlichen Aemter in den Municipien eine Ausnahme zu machen. Denn dieſe Aemter waren überaus läſtig, ſo daß ſich niemand gern darum bewarb, der nicht entweder ein ſolches Amt übernehmen mußte, oder ſonſt gewiſſe Vortheile dadurch zu erlangen ſuchte. Daher ſtand ſogar Plebejern, Juden und Ungelehrten der Weg zu ſolchen Aemtern offen. In dieſer Rückſicht waren alſo auch diejenigen nicht auszuſchließen, welche nicht förmlich für infam erklärt worden, ſondern ſich nur

ment nicht vorgezogen werden ſollen, auch kein vollgültiges Zeugniß ablegen können; ſo muß es doch wohl, auſſer der infamia iuris, noch eine andere Art der Ehrloſigkeit geben, welche die Rechtsgelehrten *infamiam facti* zu nennen pflegen. Beſtünde dieſe freylich nur in ſchwankenden Meinungen des Publicums, und wäre ſie wirklich von keinen weiteren rechtlichen Folgen, wie diejenigen behaupten wollen, die ſelbige verwerffen; ſo würde ich ihnen beyzutreten kein Bedenken tragen. Allein darin liegt eben der Fehler, daß man ſich von der infamia facti eine ganz andere Vorſtellung gemacht hat, als die Geſetze eigentlich damit verbinden. Keineswegs haben die Geſetze die Beurtheilung jener turpitudo, welche die Rechtsgelehrten infamiam facti nennen, der bloß willkührlichen Entſcheidung des Publikums unterworffen. Nein, ſo lang die Römer Cenſoren hatten, überließ man es ihrem Urtheil, welche Untugenden an ihren Bürgern mit einer öffentlichen Rüge und Beſchimpfung belegt zu werden verdienten. Man pflegte daher nur die erfahrenſten, redlichſten, und tugendhafteſten Männer an dieſen Poſten zu ſtellen.

nur durch eine erlittene Ausgeiſelung einmal eine öffentliche Beſchimpfung zugezogen hatten, wenn man nämlich kein beſſeres Subject zur Beſetzung eines ſolchen Amtes hatte, wie auch die angeführte L. 12. in den Worten: *nam paucitas eorum, qui muneribus publicis* (ſcil. in municipiis) *fungi debeant, neceſſario etiam hos* (ſcil. flagellis caeſos) *ad dignitatem municipalem, ſi facultates habeant, invitet;* deutlich zu verſtehen giebt. Man ſehe SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 31. *Io.* WUNDERLICH in libr. ſing. de legitimatione per oblationem curiae. (*Ienae* 1759. 4.) §. 4. und *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. (*Suerini et Wismar.* 1792. 8.) Cap. I. pag. 5.

ſen. Ob nun gleich eine ſolche nota cenſoria weder alle Wirkungen der infamiae iuris gehabt, noch auch, wie Cicero [8]) ſagt, als eine res iudicata angeſehen wurde, und daher von den Cenſoren auch wieder aufgehoben werden konnte; ſo waren doch die Wirkungen für denjenigen, der von den Cenſoren war notirt worden, nicht wenig nachtheilig. Ein Senator verlohr Sitz und Stimme im Senate, ein Ritter ſein Pferd, welches er vom Staat erhalten hatte. Bey Schauſpielen mußte der Notirte unter dem Pöbel ſitzen, wenn er auch von noch ſo vornehmen Stande war. Niemand vertraute ihm die Vormundſchaft über ſeine Kinder an. Zuweilen wurde der Notirte nur für einen aerarius erklärt, d. i. man ſchätzte zur Strafe ſein Vermögen höher, als es ſeyn ſollte, ſo daß er nun auch mehr Tribut bezahlen mußte; zuweilen wurde er von einem Tribu in den andern verſetzt, und dadurch degradirt, zuweilen gar in tabulas Caeritum referirt, und hierdurch ſeines Stimmrechts auf dem Reichstage beraubt, und was dergleichen Wirkungen mehr waren, wovon vorzüglich **Gundling** [9]), **Braun** [10]) und **Alexander Adam** [11]) nachgeſehen werden können. Nun wurde zwar das Amt der Cenſoren in der Folge aufgeho-

8) *Orat. pro A. Cluentio.* Cap. 42.

9) Von den röm. Schatz- und Zuchtmeiſtern oder Cenſoribus (in *Gundlingianis* XVI. Stück. Nr. I.)

10) Von dem römiſchen Zuchtmeiſteramte, und der daraus flieſſenden Anrüchtigkeit; (in den Erlangiſchen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXXVIII.)

11) Handbuch der römiſchen Alterthümer aus dem Engliſchen überſetzt vom H. M. Mayer. 1. Band. (Erlangen 1794. 8.) S. 238. folg.

gehoben, aber damit keinesweges die Beurtheilung der Handlungen, welche den guten Namen ſchmälern, und eine Verachtung nach ſich ziehen, bloß der willkührlichen Entſcheidung des Publikums unterworfen. Nein, die Geſetze erfordern ſolche facta turpia, quae *apud bonos et graves viros*, wie Kr. Alexander [12]) ſich ausdrückt, exiſtimationem onerant. Der Richter muß alſo darüber entſcheiden, wenn die Sache zur Sprache kommt, ob Jemand wirklich ſich ſo ſchimpflich aufgeführt habe, daß er derjenigen Vortheile des guten Namens für unwürdig zu achten ſey, von denen gerade die Frage iſt. Auf ſolche Art läßt ſich alſo die *infamia facti* als eine von der infamia iuris unterſchiedene Art der Ehrloſigkeit, nach der Meinung der meiſten Rechtsgelehrten [13]), allerdings rechtfertigen. Sie unterſcheidet ſich übrigens von der Infamia iuris beſonders darin, daß hier nicht ein factum in ſpecie mit der Ehrloſigkeit belegt wird, ſondern nur ſolche Handlungen überhaupt, die ſchon von Natur ſchändlich ſind, und daneben auch mit dem Wohl der

12) *L.* 13. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

13) Auſſer den bereits oben angeführten Rechtsgelehrten wird die infamia facti noch von folgenden angenommen: *Io.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exerc. X. §. 25. STRAUCH in Diſſert. ad ius Iuſtinianeum. Diſſ. XXIX. §. 29. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VII. Th. 17. MÜLLER ad *Eundem* c. l. Not α. BACHOVIUS ad *Treutlerum* T. I. Diſp. VIII. Th. IV. Lit. A. VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 3. *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius Digeſtor. h. t. §. 8. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris ſec. ord. Digeſtorum h. t. §. 3. et 47. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 319. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 62. Not. 13. und *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 35.

der bürgerlichen Geſellſchaft ſtreiten, die bürgerliche Achtung mindern. Sie hat daher jederzeit eine von den bürgerlichen Geſetzen im Allgemeinen beſtätigte infamiam naturalem zum Grunde, dahingegen eine infamia iuris auch ſolche Handlungen betreffen kann, welche von Natur nicht ſchändlich ſind, wie z. B. wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs ohne Diſpenſation zur andern Ehe ſchreitet. Endlich iſt auch die infamia facti mit weniger nachtheiligen Folgen, als die infamia iuris, verknüpft.

§. 377.

In wiefern infamirt die Strafe? Erläuterung der *L.* 22. *D. h. t.* in Verbindung mit der *L.* 10. §. 2. *D. de poen.*

Aus dem vorigen ergiebt ſich nun alſo, 1) daß eine irrige Volksmeinung niemanden ehrlos machen könne, wenn er ſich nicht einer ſolchen unerlaubten Handlung ſchuldig gemacht hat, welche entweder nach bürgerlichen oder nach natürlichen Geſetzen die Infamie nach ſich zieht. Eben ſo gewiß iſt es auch, 2) daß eigentlich nicht die Strafe an ſich, ſondern deren Veranlaſſung, nämlich das Verbrechen, infamire. Ictus fuſtium, ſagt die *L.* 22. *D. h. t.* infamiam non importat, ſed cauſa, propter quam id pati meruit, ſi ea fuit, quae infamiam damnato irrogat *). In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma ſtatuta eſt. Zur Erläuterung dieſer Stelle muß ich bemerken, daß ſie in der Ueberſchrift dem Marcellus zugeeignet wird, aus deſſen *Lib. II. Publicorum* (ſc. iudiciorum) ſelbige genommen ſeyn ſoll. Allein da von dieſen

*) Hiermit ſtimmt auch überein *L.* 14. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

libris Publicorum des Marcellus ſonſt nirgends etwas vorkommt, ſolche auch in dem Indice Pandectarum Florentino nicht erwähnt werden, ſo iſt die Ueberſchrift der angeführten *L.* 22. allem Anſehen nach nicht ächt. Ich bin daher geneigt, jene Stelle mit Meinard Tydemann [14]) vielmehr dem Aemilius Macer zuzueignen, von welchem in dem Indice Pandectarum Florentino *Publiκῶν βιβλια δυο* angeführt werden. Dieß iſt beſonders darum ſehr wahrſcheinlich, weil aus dem zweyten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer mehrere Fragmente in den Pandecten befindlich ſind, die von der Ehrloſigkeit handeln [15]); und es iſt auch ſonſt gar nichts ungewöhnliches, daß Macer mit dem Marcellus confundirt wird [16]).

Ja

14) Diſſ. de Lucii Ulpii Marcelli ICti vita et ſcriptis. *Traj. ad Rhen.* 1762. Sect. II. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſauro novo Diſſert. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 73. ſeq.)

15) Man ſehe L. 63. *D. de furt.* L. 40. *D. de iniur.* L. 4. *D. de praevaricat.* L. 7. *D. de public. iudic.* L. 8. *D. de accuſat.* u. L. 10. *D. de poenis*, in *Abr.* WIELING iurisprud. reſtituta. pag. 97.

16) So z. B. wird in der Haloandriniſchen Ausgabe die *L.* 8. *D. de ſepulcro viol.* ganz irrig dem Marcellus zugeſchrieben, die doch aus des AEMIL. MACRI *libr.* 1. *Publicorum* genommen iſt. Eben ſo unrichtig iſt es, wenn die Ausgabe des *Petrus ab* AREA BAUDOZA CESTIUS in der Ueberſchrift der L. 10. *D. de poenis:* MARCELLUS *lib.* 2. *de publicis iudiciis*, lieſet. Beſonders iſt die Vermiſchung der beyden Namen Macer und Marcellus in den libris Baſilikῶν ſehr gewöhnlich, wie *Io. van* NISPEN in Diſſ. de ſepulcro violato. Cap. XXVI. §. 5. nr. 13. gezeigt hat. Mehrere Beyſpiele von dieſer Namenverwechſelung findet man bey TYDEMANN in cit. Diſſert. Sect. I. Cap. VIII. §. 5.

Ja es findet ſich unter den Fragmenten, die aus dem zweyten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer entlehnt ſind, eins, nämlich die *L.* 10. *D. de poenis*, mit welchem unſere *L.* 22. *D. h. t.* einen unmittelbaren Zuſammenhang zu haben ſcheint, ſo daß beyde aller Wahrſcheinlichkeit nach zuſammen gehört haben. Hier heißt es nun §. 2. *L.* 10. *cit.*: In perſonis tam plebejorum quam Decurionum illud conſtitutum eſt, ut qui maiori poena adficitur, quam legibus ſtatuta eſt, infamis non fiat: ergo et ſi opere temporario quis multatus ſit, vel tantum fuſtibus caeſus, licet in actione famoſa, veluti furti; dicendum erit, inſamem non eſſe, quia et ſolus fuſtium ictus gravior eſt, quam pecuniaria damnatio. Verbindet man mit dieſer Stelle die L. 22. ſo läßt ſich folgender ganz richtiger Sinn beſtimmen. Es iſt, ſagt Macer, bey den Decurionen ſowohl als den Plebejern in den Municipien beſondern Rechtens, daß wenn ſie einer infamirenden Handlung wegen härter beſtraft worden ſind, als das Geſetz will, ihnen die ſonſt verdiente Ehrloſigkeit nachgelaſſen wird. Man ſetze alſo, ein ſolcher Municipalunterthan ſey eines begangenen Diebſtahls wegen auf Befehl des Präſes fuſtigirt worden, da er doch den Rechten nach nur mit einer Geldſtrafe hätte belegt werden ſollen, ſo wird er nun nicht infam. Warum? Erſtlich, weil das Verbrechen, was die Infamie wirkte, nun nicht mehr vorhanden iſt, wenn der Verbrecher deßwegen ſchwerer beſtraft worden, als er es verdiente, da er nun ſchon ſo viel ausgeſtanden hat, als die Folgen der Ehrloſigkeit betragen. Zweytens, weil die Strafe an ſich, und auch ſelbſt die Fuſtigation, nicht infamirt, ſondern die Veranlaſſung derſelben, nämlich das Verbrechen, weßwegen einer die

Strafe verdient hat. Wird nun alſo Jemand härter geſtraft, als er es verdient hat, ſo fehlt es an dem Grunde der Infamie, folglich kann ſie aus der Strafe allein nicht entſtehen [17]. Hier iſt nun zwar zwiſchen beyden Stellen der allergenaueſte Zuſammenhang, indeſſen berechtiget uns denn doch dieß noch nicht zu dem Axiom, welches unſer Verf. hieraus herleiten will, *quod ſcilicet*, um ſeine eigene Worte in der Not. l. zu gebrauchen, *poena corporalis iuſto gravior famam alicui conſervet*, *quaſi hac ratione de fama eſſet transactum*. Ich weiß zwar wohl, daß dieß eine gemeine Meinung der Rechtsgelehrten iſt, welche von ſehr vielen behauptet wird, als ob der Richter die vom Verbrecher verdiente Ehrloſigkeit dadurch nachlaſſen könne, daß er auf eine härtere, als die geſetzliche, Strafe erkennt [18]. Man beruft ſich, auſſer jener *L.* 10. §. 2. *D. de*

17) Erklärt man auf dieſe Art die L. 22. *D. h. t.* in Verbindung mit der L. 10. §. 2. *D. de poen.* ſo ergiebt ſich, daß ſie CORASIUS Miſcellaneor. iur. Lib. I. cap. XVI. §. 5. ganz unrichtig verſtanden habe, wenn er ſagt: daß nach der L. 22. die Fuſtigation alsdann infamire, wenn ſie Jemand eines infamirenden Verbrechens wegen erlitten habe. Z. B. wenn Jemand eines Diebſtahls wegen fuſtigirt worden ſey. Dieſe Erklärung iſt der *L.* 10. *cit.* offenbar zuwider. Es kommt hier vorzüglich auf die Worte an: *cauſa, propter quam id pati* MERUIT, welche CORASIUS nicht gehörig erklärt hat. Dieſe Worte wollen ſoviel ſagen, daß das delictum ein ſolches ſeyn müße, cui fuſtium poena per leges eſt praeſtituta. Ein ſolches Verbrechen iſt aber nach röm. Rechten der Diebſtahl nicht.

18) *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſſ. de infamiae diſpenſatione, quae fit per poenae aggravationem. (in EIUS *Diſſertation. academ.* Vol. I. Diſp. XI. pag. 402. ſeqq.) DONAUER Diſſ. de transactione legis cum delictorum reis de exiſtimatione, quae fit

D. de poenis, die ich ſchon erklårt habe, noch auf einige andere Stellen des rômiſchen Rechts, wo geſagt wird, daß die Erkennung und Uebernehmung einer hårtern Strafe gleichſam als ein Vergleich zu betrachten ſey, der zur Schonung der bůrgerlichen Ehre zwiſchen dem Richter und dem Delinquenten ſey geſchloſſen worden [19]. Allein dieſe Meinung

fit per aggravationem poenae. *Altorf.* 1697. *Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. XVIII. Cap. 3. num. 12. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 5. *Iac.* LECTIUS ad *Aemilium Macrum* de publicis iudiciis, (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. I. pag. 95.) Quiſtorps Grundſåtze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 100. KOCH Inſtitut. iur. crim. §. 176. Weſtphals Criminalrecht, Anmerk. 28. §. 4. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 76. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 324. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts. 3. Band. §. 303. u. a. m.

19) *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Poena gravior ultra legem impoſita, exiſtimationem conſervat, ut et conſtitutum eſt et reſponſum: utputa ſi eum, qui parte bonorum multari debuit, PRAESES relegaverit, dicendum erit, *duriori ſententia cum eo transactum de exiſtimatione eius: idcircoque non eſſe infamem.* — *L.* 15. *pr. D. ad municipalem.* Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regreſſus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati ſententiam eiusmodi meruerunt: *durioribus etenim poenis affectos, ignominia, velut transacto negotio, poſtea liberari.* — *L.* 5. *D. de decurionib.* Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit: *ad tempus autem exulare iuſſos ex crimine leviore, velut transacto negotio, non eſſe inter infames habendos.* — L. 4. *Cod. Ex quib. cauſ. infam. irrogat.* Si Poſidonium in tempus anni relegatum, ſententiam non exceſſiſſe *Proconſulis* probaveris, quinque annis exilio

nung läßt ſich in der Theorie nicht rechtfertigen. Denn 1) ſprechen alle die angeführten Geſetze offenbar nicht von einem Rechte

exilio temporali damnandum, inter infames haberi non oportet: *quoniam ſententiae ſeveritas cum caeteris damnis tranſigere videtur.* Das letztere Geſetz iſt etwas dunkel. Man glaubt insgemein, daß man, ſtatt *relegatum*, vielmehr relegandum, und hernach, ſtatt *damnandum*, vielmehr damnatum leſen müſſe. So leſen Accurſius, Cujaz ad L. 1. C. de his, qui in exil. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. BACHOVIUS ad τα Πρῶτα. pag. 764. *Nic.* ANTONIUS de Exilio Lib. II. cap. 2. §. 5. (in Tom. III. *Theſ. Meermann.*) WISSENBACH Exercit. ad Pand. Diſput. XI. §. 27. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9. TYDEMANN cit. Diſſ. Sect. II. cap. 2. §. 2. Not. 5. u. a. m. Allein mit Recht hat *Andr. Guil.* CRAMER in Diſpunction. iur. civ. libro ſing. Cap. I. pag. 8. ſeqq. dieſe Emendation verworfen. Folgender Fall, welchen THALELAEUS in Scholio ad dict. L. 4. Cod. aus den Commentaren des HEROIS PATRICII anführt, wird den beſten Aufſchluß geben. Poſidonius, ein Decurio, war eines infamirenden Verbrechens wegen, vielleicht wegen einer begangenen Injurie, ſtatt einer ſonſt nur verwirkten Geldſtrafe, auf ein Jahr relegirt worden. Poſidonius weigerte ſich, dem Urtheil des Proconſuls Folge zu leiſten. Er verließ alſo die Provinz nicht, wie ihm doch war auferlegt worden. Der Proconſul berichtet deßfalls an den Kaiſer, wie in ſolchen Fällen gewöhnlich war, (*L.* 27. §. 1. *D. de poen.*) und fragt zugleich an, wie es wegen der verwirkten Ehrloſigkeit zu halten ſey. Die Kaiſer Severus und Antoninus reſcribiren hierauf, daß Poſidonius zwar wegen ſeiner Widerſpenſtigkeit nun, ſtatt eines Jahres, auf fünf Jahre zu relegiren ſey, jedoch, da er hierdurch eine härtere Strafe leide, als die ſonſt gewöhnliche iſt, die eigentlich nur in einer Geldbuße beſtanden hätte, ſo ſolle ihm deßwegen die Ehrloſigkeit, die er ſonſt verwirkt haben würde, geſchenkt ſeyn.

Rechte des Richters, vermöge welchen er auf eine härtere Strafe, ſtatt der geſetzlichen Ahndung, erkennen, und dadurch dem Verbrecher die verdiente Ehrloſigkeit nachlaſſen könne; ſondern ſie beſtimmen nur, was in dem Falle Rechtens ſeyn ſolle, wenn der Richter einen Verbrecher härter geſtraft hätte, als das Geſetz verordnet. In dieſem Falle wollen ſie, daß man, um den Fehler des Richters wieder gut zu machen, die Sache gleichſam als einen Vergleich betrachte, und da der Verbrecher ſchon mehr ausgeſtanden, als er verdient hat, ſo ſoll er dadurch entſchädiget werden, daß ihm die Ehrloſigkeit, die ſonſt das begangene Verbrechen wirken würde, nachgelaſſen wird [20]). 2) Enthalten auch jene Geſetze keine allgemeine Regel, ſondern reden durchaus nur von dem Proconſul oder dem Präſes der Provinz, wenn ſolcher einen Decurio oder ſonſt einen Municipalbürger härter geſtraft hatte, als das Geſetz wollte. Hier trat ein beſonderer Grund ein, warum ſolchen Perſonen durch die erlittene härtere Strafe die ſonſt verdiente Ehrloſigkeit nachgelaſſen wurde, dieſer lag in der beſondern Beſchaffenheit der öffentlichen Municipalämter. Denn da ſolche Stellen, wegen der damit verknüpften vielen Laſten, ſchwer wieder zu beſetzen waren, ſo mußte man freylich die Decurionen, wenn ſie etwas begiengen, was ihrer Ehre nachtheilig war, möglichſt zu ſchonen ſuchen; und dieß war auch bey denen nöthig, die aus den Plebejern zum Decurionat Luſt und Fähigkeit bezeigten, weil auch Plebejer zu ſolchen Chargen gelangen konnten [21]). Dieß paßt nun aber weder auf andere römiſche Unter-

ter-

20) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 129.

21) Man ſehe hier die Note 7. zum vorigen Paragraph.

terthanen, als gerade auf Municipalen, noch auf andere römiſche Magiſtratsperſonen, als auf Proconſules und Präſides der Provinzen [22]), und kann daher auch auf unſere heutigen Richter um ſo weniger angewendet werden, da nicht einmal ein römiſcher Präſes, auſſer jenem Falle, wo man ihm zur Schonung der Ehre der Decurionen nachſahe, befugt war, die Infamie, die aus einem Verbrechen entſpringt, nachzulaſſen [23]). Deſſen ungeachtet nimmt doch die Praxis, auf die Gloſſe geſtützt, jene irrige Meinung an, 1) weil man es für billig hält, daß man einem Menſchen, ſoviel nur möglich iſt, ſeine bürgerliche Ehre zu erhalten ſuche; und dann 2) weil doch der Grund jener Geſetze ganz allgemein iſt, quod ſcilicet duriori ſententia quaſi transactum ſit de exiſtimatione [24]). Es wird nun zwar in dieſen Geſetzen aus-

22) Vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Cramers angeführte Dispunctiones iuris civ. Cap. I.

23) *L. 63. D. de furtis.* Non poterit *Praeſes* efficere, ut furti damnatum non ſequatur infamia. Auch dieſe Stelle iſt aus des MACRI *Lib. II. Publicorum Iudiciorum* genommen, und daher mit der L. 10. *D. de poenis* zu verbinden. Man ſehe *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. (*Oper.* Tom. II. pag. 78.) *Iac.* LECTIUS ad Aemil. Macrum de publicis iudiciis h. L. (Tom. I. *Theſ. Otton.* pag. 94. ſeq.) und POTHIER Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XIII. pag. 99.

24) Dieſe Praxin bezeugen COCCEJI Tom. III. Reſp. 50. nr. 5. Conſil. Tubingenſ. Vol. IV. Conſ. 224. nr. 12. ſeqq. BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. pag. 53. (edit. *Winckler.*) STRYK in Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 12. *a* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. Part. V. Obſervat. 151. nr. 3. ſeqq. pag. 1066. und Struben in den rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 22. S. 107. folg.

ausdrücklich erfordert, daß die auferlegte härtere Strafe keine Geldſtrafe ſeyn dürfe [25]; daher ſich auch wohl erklären läßt, warum unſer Verfaſſer ſagt: *poena corporalis iuſto gravior famam conſervat.* Allein da jene Geſetze bloß von einer Privatgeldſtrafe reden, die nach dem röm. Rechte dem Kläger zu Theil wurde, und wodurch alſo freilich dem Staate ſelbſt kein Genüge geſchahe [26]; ſo geht die Praxis über jene geſetzliche Einſchränkung um ſo mehr hinaus, je weniger heutiges Tages dergleichen Privatſtrafen ſtatt finden, als in den angeführten Geſetzen vorausgeſetzt werden.

Wenn oben Aemilius Macer, um noch einmal auf dieſen zurück zu kommen, ſagte, daß nicht die Strafe an ſich, ſondern deren Veranlaſſung, nämlich das Verbrechen, welches die Strafe verdient hat, infamire, und daß dieß nicht bloß von der Fuſtigation, ſondern auch von allen übrigen Arten der Strafen gelte [27]; ſo ſcheint ihm zwar Calliſtra-

25) So ſagt unter andern *L. 13. §. 7. in fin. D. h. t.* Sed ſi in cauſa furti nec manifeſti in *quadruplum* iudex condemnavit: oneratum quidem reum poena aucta, (nam ex furto non manifeſto in duplum conveniri debuit); verum hanc rem exiſtimationem ei non conſervaſſe; *quamvis, ſi poena non pecuniaria eum oneraſſet, transactum cum eo videtur.*

26) S. DONELLUS in commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. pag. 1032. und *Franc. de* AMAYA in Commentar. in tres poſter. libros Codicis T. I. Lib. X. Tit. 57. n. 25. pag. 569.

27) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 22. D. h. t. will zwar die Worte: *In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma ſtatuta eſt*, für ein Emblem des Tribonians halten; allein ohne hinreichenden Grund, wie ſchon BACHOVIUS in Comm. ad τα Πρῶτα pag. 764. gegen Faber erinnert hat.

liſtratus zu widerſprechen, welcher in der *L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit.* mehrere Strafen nennt, und von ihnen ſagt, daß durch ſie Ehrloſigkeit bewirkt werde. Allein dieſer Widerſpruch iſt leicht zu heben; es folgt nämlich noch nicht daraus, daß die vom Calliſtratus angeführten Strafen ſchon an ſich infamirt hätten; nein, ſondern der Juriſt muß ſo verſtanden werden, daß unter andern die Ehrloſigkeit aus ſolchen Verbrechen entſpringe, welche die von ihm genannten Strafen nach ſich ziehen [28]).

Das teutſche Recht ſtellt jedoch ganz andere Grundſätze auf. Nach dieſem kann die Ehrloſigkeit auch Folge der erlittenen Strafe ſeyn. Denn alle Criminalſtrafen infamiren nach heutigen Rechten, welche durch des Schinders Hand an der Perſon des Verbrechers, oder an ſeinem Bildniſſe vollzogen werden [29]). Zu dieſen gehört nun heutiges Tages auch der Staupenſchlag, weil er vom Scharfrichters-Knecht vollzogen wird [30]). Der Grund hiervon liegt hauptſächlich darin, da die Teutſchen viel zu roh und ſinnlich waren, als

28) *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν ſ. Legum Conciliatar. Centur. II. Qu. 29. und H. Hofr. Kleinſchrod in der angef. ſyſtem. Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts 3. Th. §. 83. S. 145.

29) S. Seip von dem Unterſchiede der ehrenrührigen Strafen nach römiſchen und teutſchen Rechten. Lacretelle über die ehrlosmachenden Strafen; und Rundens Grundſätze des allgem. teutſchen Privatrechts §. 303.

30) von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Not. f. Kleins Grundſätze des peinl. Rechts §. 87. Not. a. Stelzers Lehrbuch des teutſchen Criminalrechts §. 191.

als daß ſie aus dem Verbrechen ſelbſt die Ehrloſigkeit und Schande hätten ableiten ſollen; ſo nahmen ſie Kränkungen der Ehre nur denn an, wenn ſie durch öffentliche Beſtrafung auf eine ſinnliche Art überzeugt wurden, daß der Miſſethäter ſich wirklich ſeiner Ehre verluſtig gemacht habe [31]). Dieſem zu Folge behauptet man daher in Praxi, daß wenn Jemand wegen eines ſolchen Verbrechens, welches ſonſt den Rechten nach infamirt, nicht auch mit einer ſchimpflichen Leibesſtrafe, ſondern nur mit Gefängniß, oder gar nur mit einer Geldſtrafe belegt worden, derſelbe keinesweges für ehrlos zu halten ſey [32]).

§. 378.

Eintheilung der Infamie in die mittelbare und unmittelbare.

Nach dem röm. Rechte iſt die infamia iuris wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare oder mittelbare. Hat nämlich das Geſetz die Infamie mit einer gewiſſen Handlung dergeſtalt unmittelbar verbunden, daß

31) Siehe Kleinſchrods ſyſt. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 3. Th. §. 88.

32) Man vergleiche THOMASIUS Diſſ. an poenae viventium, eos infamantes, ſint abſurdae et abrogandae §. 37. u. § 45 — 47. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad *Chriſtinaeum*. Vol. I. Obſ. 8. pag. 13. *de* BOEHMER Meditation. ad Art. CX. Conſt. Crim. Carolinae §. 3. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de querela inofficioſae donationis fratrum. *Goett.* 1751. §. 8. pag. 14. und Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. i. Man ſehe jedoch, was STRYK in Uſ. Mod. Pandect. h. t. §. 13. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. k. dagegen erinnert haben.

daß nach Vorſchrift deſſelben die Wirkungen der Ehrloſigkeit eintreten ſollen, ſobald die Handlung zur Wirklichkeit gebracht worden iſt, ohne daß deßwegen ein richterliches Erkenntniß erfordert wird, oder doch wenigſtens die Wirkung deſſelben auf den Zeitpunct des begangenen Verbrechens zurückgerechnet werden muß, ſo heißt die Infamie eine unmittelbare. Wenn hingegen die Ehrloſigkeit, mit welcher die Geſetze eine gewiſſe Handlung belegt haben, nach Vorſchrift derſelben erſt dann von Wirkung iſt, wenn der Urheber derſelben deßwegen entweder durch ein competentes richterliches Erkenntniß zur verdienten Strafe verurtheilt worden, oder ſonſt überwieſen iſt, daß er ſich deßhalb verglichen, und zur Abwendung der Anklage Geld oder Geldeswerth gegeben habe, ſo wird eine ſolche Infamie eine mittelbare genennt. Dieſe Eintheilung, welche von den berühmteſten Civiliſten [33]) angenommen wird, wollen zwar einige neuere Rechtsgelehrten [34]) verwerfen. Sie glauben, daß

33) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 7. et 8. *Franc. de* AMAYA in Comment. ad lib. X. Cod. Tit. de infamibus. nr. 26. ſeqq. pag. 569. *Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. n. 6. *Ge.* FRANTZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. n. 6. 7. et 8. VOET h. t. §. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 3. ſeqq. WESTENBERG in Digeſtis h. t. §. 25. ſeqq. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de querela inoff. donationis fratrum §. 7. et 8. u. a. m.

34) Kleinſchrod in der ſyſtemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 84. EINERT Diſſ. praeter unam mediatam iuris infamiam nullam exiſtere infamiae ſpeciem §. 7. und Danz im Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts. 3. Band. §. 301. S. 60.

daß es keine unmittelbare Infamie gebe, ſondern daß allezeit ein **Urtheil des Richters** dazu nöthig ſey, wenn Jemand für ehrlos gehalten werden ſolle. Allein ihre Gründe überzeugen mich von dem Ungrunde dieſer Eintheilung noch nicht. Daß 1) nach dem röm. Rechte nicht überall ein **richterliches Erkenntniß** erfordert werde, wenn die Wirkung der Infamie eintreten ſoll, lehren uns die Kaiſer **Valerianus** und **Gallienus** ganz deutlich, wenn ſie ſagen [35]): Non *damnatos* quidem duntaxat *iniuriae*, ſed et *pactos* quoque perpetuum Edictum infamat [36]). Verum *pactos* eos demum, qui ullos adverſariis nummos pro mala conſcientia ex transactione numeraſſent, in hac cauſa placuit intelligi [37]). Caeterum ſimplex eius rei gratia [38]) integram pacti [39]) exiſtimationem illibatamque conſervat. Nach dieſem Geſetz ſollen alſo nicht bloß diejenigen ehrlos ſeyn, welche einer infamirenden Handlung wegen verurtheilt worden ſind, ſondern auch diejenigen, welche ſich deßwegen auſſergerichtlich verglichen haben, nämlich wenn ſie Geld gegeben, daß man ſie nicht verklagen ſolle. Denn man glaubte, ſie hätten den Vergleich darum geſchloſſen, weil ſie kein gutes Gewiſſen hätten, und erklärte ſie

35) L. 18. *Cod. Ex quib. cauſ. infam. irr.*

36) Man vergleiche hiermit L. 4. §. 5. *D. h. t.*

37) Eben ſo **Ulpian** L. 6. §. 3. *D. h. t.*

38) *Simplex gratia* heißt hier eine unentgeldliche Verzeihung. **Ulpian** ſagt a. a. O. *Si quis precibus impetravit, ne ſecum ageretur,* ſo werde er nicht ehrlos, quia alioquin nulla erit veniae ratio: *quod eſt inhumanum.*

39) *Pacti*; id eſt, eius, qui pactus eſt. S. POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XI. Not. n. pag. 98.

daher geradezu für geſtändig und überwieſen 40). Man hielt alſo in dieſem Falle ein richterliches Erkenntniß um ſo weniger für nöthig, weil, wie Paulus 41) ſagt, den Geſtändigen gleichſam ſchon ſein eignes Urtheil verdammt. 2) Kann es wohl nicht gleichviel ſeyn, wenn die Geſetze in einigen Fällen ſo ganz beſtimmt ſagen, daß das Factum allein zur Ehrloſigkeit nicht hinreichend ſeyn ſolle, wenn nicht der Schuldige deßwegen verurtheilt worden; in andern Fällen hingegen die Infamie bloß mit der Handlung ſelbſt verbinden, ohne dabey etwas von dem richterlichen Urtheil zu erwähnen, ja wohl gar ausdrücklich ſagen, daß das Factum, und nicht die Sentenz, ehrlos mache. So z. B. erklärt das Geſetz denjenigen für ehrlos, qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve cauſa quid feciſſe *iudicatus erit* 42), und Ulpian 43) bemerkt hierbey zur Erläuterung, daß ein peinlicher Ankläger, der ſich einer Calumnie oder Prävarication ſchuldig gemacht, nur dann erſt für ehrlos zu halten ſey, *ſi fuerit calumniae cauſa damnatus; neque enim ſufficit calumniatum.* Dahingegen ſagt das Geſetz ſchlechthin, wer Hurenwirthſchaft treibt, (qui lenocinium fecerit), ſoll infam ſeyn 44), und Ulpian, welcher in jenem Falle einer begangenen Prävarication ſo genau beſtimmte, wenn die Wirkung der Ehrloſigkeit eintrete, erwähnt hier in ſeinem Commentar von dem richterlichen Urtheile eben ſo wenig etwas, als das Geſetz ſelbſt, ſondern erklärt nur den

40) L. 5. *D. h. t.*

41) L. 1. *D. de confeſſis.*

42) L. 1. *D. h. t.*

43) L. 4. §. 4. *D. h. t.*

44) L. 1. *D. h. t.*

den Ausdruck *lenocinium facere* 45), alſo nur das Factum bekümmert ihn hier, welches das Geſetz mit der Ehrloſigkeit belegt. Ja Ulpian unterſcheidet an einem andern Orte 46) ausdrücklich zwiſchen einer ſolchen Weibsperſon, quae eſt adulterii damnata, und einer ſolchen, quae in adulterio deprehenſa quidem, damnata autem non ſit, und ſagt von jener, ſie ſey ehrlos, *quia publico iudicio damnata eſt*, aber auch die letztere, quae in adulterio *deprehenſa* tantum ſit, erklärt er für infam, welche eben ſo wenig als jene nach der *Lege Iulia et Papia* weder ein Senator, noch ein anderer freygebohrner Römer heyrathen dürfe 47); und warum? *quia*, fügt Ulpian hinzu, *factum* LEX, *non ſententiam notaverit*. Zum offenbaren Beweiſe, daß eine Weibsperſon, welche im Ehebruch betroffen worden, ipſo iure infam war, ohne daß ein richterliches Urtheil hierzu erfordert wurde 48). Es läßt ſich aber auch 3) ein ganz guter Grund angeben, warum einige Handlungen ipſo iure infamiren, andere hingegen ein richterliches Erkenntniß erfordern, wenn die Wirkung der Ehrloſigkeit eintreten ſoll. Denn diejenigen Handlungen, mit welchen die Geſetze ſelbſt und unmittelbar die Ehrloſigkeit verbinden, ohne dabey des richterlichen Urtheils zu erwähnen, ſind von der Art, daß ſie entweder wegen ihrer Kundbarkeit und Evidenz gar keine weitere Unterſuchung erfordern, weil ſie z. B. vor den Augen des

45) L. 4. §. 2. *D. h. t.*

46) L. 43. §. 12. *D. de ritu nuptiar.*

47) ULPIANUS *Fragm.* Tit. XII. §. 1. (in SCHULTING iurisprud. Antejuſt. pag. 607.)

48) S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentarium ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. Cap. I. §. 13. pag. 134.

des Publikums öffentlich geſchahen, wie dieß der Fall bey den römiſchen Gladiatoren, Schauſpielern und ſolchen war, die unter der Aufſicht der Aedilen öffentliche Bordelle hielten [49]; oder weil man das unerlaubte Factum ſelbſt ſchon für einen hinlänglichen Beweis einer ſolchen Untreue annahm, welche die damit verknüpfte Ehrloſigkeit verdiene, wie z. B. bey einem Vormunde, welcher vor abgelegter Rechnung ſeine Pflegbefohlne geheyrathet hat; oder es ſind ſolche Handlungen, derentwegen weder eine peinliche Anklage, noch eine actio famoſa ſtatt findet, wie z. B bey dem unerlaubten Zinßwucher, welchen die röm. Geſetze bekanntlich mit der Ehrloſigkeit beſtrafen [50]), obgleich dem Schuldner deßwegen nur eine Condiction zuſtehet [51]), die Condictionen aber an ſich nicht infamiren, quamvis ex famoſis cauſis pendeant [52]). Wenn man nun 4) gegen die in Schutz genommene Eintheilung einwenden will, daß keine Strafe unmittelbar aus der That folge, ſondern bey allen erſt der Richter durch ein Urtheil feſtſetzen müſſe, welche Strafe verwirkt ſey, ſo läßt ſich hierauf antworten, daß in dem röm. Rechte dergleichen Fälle gar nicht unbekannt ſind, wo die Strafe auf die That unmittelbar folgt; denn man erinnere ſich nur z. B. an die Fälle, wo die Confiscation unmittelbar eintritt, und ſolche daher auch noch gegen die Erben des Delinquenten vollzogen werden kann, wenn gleich derſelbe bey

49) S. *Io. Chriſt. Gottl.* HEINECCII ad Edictum aedilitium florum ſparſio Cap. I. §. 13.

50) *L. 20. Cod. Ex quib. cauſ. infam.*

51) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 7.

52) *L. 36. D. de obligat. et action.*

bey ſeinen Lebzeiten noch nicht verurtheilt worden [53]). Endlich ſteht unſerer Eintheilung auch gar nicht entgegen, daß nach einer gewiſſen Verordnung der Kaiſer Carinus und Numerianus [54]) nicht einmal ein Interlocut des Richters infamiren ſoll; denn da iſt offenbar von einem ſolchen Falle die Rede, wo nach ausdrücklicher Verordnung der Geſetze die Wirkung der Infamie von einem richterlichen Definitivurtheil abhångt. Hier ſind die Worte ſelbſt: Interlocutio Praeſidis, quae indicta eſt, infamem eum, de quo quaeris, feciſſe non videtur, *cum non* SPECIALITER *ob injuriam vel admiſſam vim condemnatus ſit*, ſed ita Praeſidis verbis gravatus et admonitus, *ut ad melioris vitae frugem ſe reformet.* Dieß geht nun wohl unſtreitig auf die Worte des Pråtoriſchen Edicts: Infamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum, *injuriarum*, etc. ſuo nomine DAMNATUS *erit* [55]).

53) *L. 14. D. de publican. et vectigal.* Commiſſa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. *Nam, quod commiſſum eſt, ſtatim deſinit eius eſſe, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur.* Add. *L. 22. D. de SCto Silan. Tot. Tit. Pandect. de his, quae ut indign. aufer. Tot. Tit. Si quis aliquem teſtari probib. L. 9. D. de iure fiſci* u. a. m.

54) *L. 19. Cod. Ex quib. cauſ. infam.*

55) *L. 1. D. h. t.* Da dieſe L. 1. die Worte des Pråtoriſchen Edicts von der Infamie enthålt, und ich mich in der Folge öfters darauf werde beziehen müſſen, ſo will ich hier nur die allgemeine Bemerkung noch machen, daß die Ueberſchrift dieſer Geſetzſtelle: IULIANUS *libro primo ad Edictum*, unſtreitig corrumpirt iſt. Denn es iſt nicht bekannt, daß Julian libros ad Edictum geſchrieben habe. Wahrſcheinlich iſt dieſe Stelle, ſo

§. 379.

Fälle einer unmittelbaren Infamie nach römiſchen und teutſchen Rechten.

Mit einer unmittelbaren Infamie belegen die römiſchen Geſetze

1) Gladiatoren, und Schauſpieler. Erſtere jedoch nur dann, wenn ſie um Lohn fochten. Denn wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis ſeiner Geſchicklichkeit und Erfahrenheit im Fechten zu geben, ward nicht ehrlos, es wäre denn, daß er hernach, ſtatt ſich mit der Palme zu begnügen, doch noch den gewöhnlichen Fechterlohn (auctoramentum) angenommen hätte [56]. Ein ſolcher entgieng der Infamie nicht. Denn ſo beliebt

ſo wie die folgenden Leges dieſes Titels, aus ULPIANI *libro ſexto ad Edictum* entlehnt, wie auch *Iac.* LABITTUS in Uſu Indicis Pandect. Cap. VI. §. 6. *Abr.* WIELING in Praetermiſſ. ad *Labittum* (Iurisprud. Reſtitut. Part. II. pag. 230.) *Ant.* SCHULTING ad πρῶτα h. t. §. 3. *Pet.* BONDAM Specim. animadverſion. crit. cap. 13. (in OELRICHS *Theſ. nov. Diſſ Belgicar.* Vol. II. T. II. pag. 224.) und *Io. Bern.* KOEHLER Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 43. bereits bemerkt haben.

56) So ſind die Worte der *L.* 1. *§.* 6. *D. de poſtulando* zu verſtehen, wo Ulpian ſagt: Eos, qui virtutis oſtendendae cauſa hoc faciunt, (ſc. *ut cum beſtiis depugnarent*) ſine mercede, non teneri aiunt veteres; *niſi in arena paſſi ſunt ſe* HONORARI: eos enim puto, notam non evadere. Denn *honorari ſe pati* heißt hier nichts anders, als in arena honorarium ſeu largitionem accipere, wie *Caeſ.* COSTA in var. ambiguitat. iuris Lib. I. cap. 28. *Chr. Henr.* TROTZ in Memoria propagata Lib. I. Cap. 6. und beſonders *Franc. Car.* CONRADI in Progr. honoris

beliebt auch die Fechterſpiele bey den Römern waren [57]), ſo verachtet waren dennoch die Gladiatoren, und inſonderheit die Beſtiarien, weil man anfänglich blos Sklaven und Verurtheilte Verbrecher dazu beſtimmte [58]). Es war daher für freygebohrne Römer unſchicklich und ſchändlich, bloß aus Gewinnſucht ſein Leben um einen geringen Lohn dem Schwerd oder einer wilden Beſtie Preiß zu geben [59]). Man hielt dieß für ſo niederträchtig, daß auch ſchon derjenige die Ehrloſigkeit ſich zuzog, der ſich nur zu einem ſolchen Thiergefechte hatte dingen laſſen, wenn er auch nachher wirklich nicht gefochten hatte [60]). In keiner gröſſern Ach-

ris in arena ſe honorari paſſos infamantis veram rationem exquir. *Helmſt.* 1744. aus den Baſilicis, und des PHOTII *Nomocanone* Tit. XIII. cap. 21. gezeigt haben.

57) CICERO *pro Sextio* cap. 59.

58) *L.* 1. §. 1. *in fin. D. de aedilit. edicto. L.* 31. *D. de poenis.* Solche Delinquenten wurden vorher zu einem ſolchen Thiergefecht eine Zeitlang exercirt; daher ſagte man von ihnen, ſie wären *ad ludum venatorium* verurtheilt worden. *L.* 8. §. 11. *D. de poenis.* Man ſehe BRANCHU Obſervation. iur. Rom. Dec. I. Cap. 5.

59) MANILIUS *Aſtronom.* Lib. IV. v. 314. ſagt von den Gladiatoren: *caput in mortem vendunt, et funus arenae;* und SENECA Epiſt. 7. macht eine abſchreckende Schilderung von der Grauſamkeit dieſer Fechterſpiele. Uebrigens handeln von den ludis gladiatoriis ſehr ausführlich LIPSIUS de Amphiteatro, Adam im Handbuch der röm. Alterthümer 2. Th. S. 610. ff. und Mayer in den erläuternden Anmerkungen darüber S. 622. ff.

60) *L.* 1. *§.* 6. *D. de poſtul.* Qui locavit, ſolus notatur, ſive depugnaverit, ſive non. Add. *L.* 3. §. 5. *D. de teſtib.* et conf. *Pet.* FABRI Semeſtr. Lib. II. cap. 12. pag. 183. ſeqq.

tung ſtanden bey den Römern die Schauſpieler, welche artis ludicrae cauſa auf der Bühne erſchienen, um das Volk durch Mimen und Pantomimen für Geld zu beluſtigen. Pantomimen hieſſen ſtumme Vorſtellungen, in welchen die Acteurs, die man von ihrer Kunſt ebenfalls *Pantomimos* nannte, alles durch Tanz und Geſtikulation, ohne zu reden, ausdrückten. Mimen hingegen waren keine ſtumme Vorſtellungen, ſondern die Acteurs, die man ebenfalls *Mimos* nannte, ſuchten mit der Stimme und mit Worten allerhand Charaktere auf eine lächerliche und oft ſehr unanſtändige Weiſe nachzuahmen [61]). Dieſe Schauſpiele auf der Bühne, oder *ludi ſcenici*, ſind keine römiſche Erfindung, ſondern wurden im Jahr der Erb. Roms 340. von den Hetrusfern entlehnt [62]). Daher nannte man auch die Schauſpieler von dem thusciſchen Worte *hiſter* i.e. ludio, *Hiſtriones*. Man rechnete ſie zur niedrigſten Claſſe des Pöbels, denn die Schauſpiele wurden gewöhnlich nur von Ausländern, Freygelaſſenen, Sklaven und Huren aufgeführt. Kein Wunder, wenn ſie der Prätor für ehrlos erklärte [63]). Die Far-

61) Man ſehe *Oct.* FERRARII Diſſ. de Pantomimis et Mimis, *Franc. de* AMAYA Obſervation. iuris Lib. III. Cap. 5. n. 6. ſeqq. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. §. 7. pag. 122. ſeqq. und Adam im angef. Handbuch. 2. Band. S. 635. ff.

62) VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. Cap. 7. §. 6.

63) Die Worte des Prätors in der *L.* 1. *D. h. t.* Qui artis ludicrae, pronunciandive cauſa, in ſcenam prodierit, erklären ſich nun aus dem, was ich von Mimen und Pantomimen geſagt habe. Man verbinde damit noch *L.* 2. §. 5. *D. h. t.* und *L.* 4. *D. de accuſat.* Siehe auch noch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theodoſ. de Uſu ſellarum Tom. V. pag. 456.

Farzen, die ſie vorſtellten, waren oft ſo obſcen, ſo voll von Zoten, daß ſogar unter der ſonſt ſittenloſen Regierung des Tiberius ein Verbot ergieng, daß kein Senator die Häuſer der Pantomimenſpieler beſuchen, und kein Ritter ſie auf den Straſſen begleiten ſollte [64]). Merkwürdig iſt es jedoch, daß derjenige noch nicht für ehrlos gehalten wurde, der ſich bloß zu einem Schauſpiel hatte dingen laſſen, ohne nachher die Bühne betreten zu haben. Haec enim res, ſagt Gajus [65]), non eſt adeo turpis, ut etiam conſilium puniri debeat. Den römiſchen Hiſtrionibus ſind zwar heutiges Tages die herumziehenden Marionettenſpieler, Seiltänzer, Affen- und Bärenführer, und dergleichen Gauckler, welche im Sachſenſpiegel [66]) Spielleute genennt werden, gewiſſermaſſen gleich zu achten; allein die Verachtung, in welcher ſolche Vagabonden ſtehen, iſt doch mehr nur Anrüchtigkeit, als wirkliche Infamie [67]). Auf keine Weiſe aber paßt die römiſche Verordnung auf die heutigen ordentlichen und privilegirten Schauſpielergeſellſchaften [68]). Die römiſchen Fechterſpiele ſind heutiges Tages ganz unbekannt,

64) TACITUS *Annal. Lib. I. cap.* 77. Wer ſich übrigens von den unanſtändigen Geſtikulationen der römiſchen Schauſpieler einen Begriff machen will, leſe LACTANTIUS *de vero cultu* lib. VI. cap. 20.

65) L. 3. *D. h. t.*

66) Buch I. Art. 37. Dieſe Stelle erläutert ſehr gut *Phil. Lud.* HUTH in Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia §. 10.

67) Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 3. Band §. 301. S. 63.

68) STRYK Uſ. Mod. Pandect. h. t. §. 7. et 8. Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 310. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. T. I. §. 321.

kannt, ſie wurden ihrer Grauſamkeit wegen ſchon unter den chriſtlichen Kaiſern, und zwar zuerſt vom Conſtantin, jedoch nur im Orient [69]), nachher aber vom Kr. Honorius [70]) auch im Occident, und inſonderheit in Rom verboten. Eine andere Art gedungener Kämpfer war zwar bey den Teutſchen im Mittelalter bekannt, deren ebenfalls der Sachſenſpiegel [71]) Erwähnung thut. Dieſe Kämpfer waren eigentlich ſolche Leute, welche ſich vor Geld für andere ſchlugen, die nach den Rechten der damaligen Zeit zum gerichtlichen Zweykampf waren aufgefordert worden [72]). Man nannte ſie auch *Campiones* [73]). Allein ſie waren eben ſo, wie die ſogenannten Katzenritter, die mit den römiſchen Arenariis mehrere Aehnlichkeit hatten,

69) L. *un. Cod. Iuſtin. de Gladiator. penitus tollend.*

70) THEODORETUS Lib. V. cap. 26. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodoſ. de Gladiatorib. Tom. V. pag. 451. ſeq.

71) a. a. O.

72) Gloſſe des Sachſenſpiegels. 1. Buch. Art. 39. Kämpfer ſind ſolche Leut, die Geldes halben ſtreiten; dadurch ſie denn ſchaltbar und anrüchtig werden. Ferner Gloſſe des Sächſiſchen Weichbilds. Kap. 35. nr. 5. Daß ſind aber die Kämpfer, die für die Leute kämpfen um Geld. Die aber kämpfen für ihr ſelbſt Ehr, ſolcher Kampf mag wohl geſeyen mit Recht. Man vergleiche noch Sachſenſpiegel 1. Buch. Art. 48. und Schwäbiſches Landrecht Kap. 174. Verſchieden von denſelben waren die Katzenritter, welche ſich öffentlich vor Geld mit Hunden, Katzen und andern Thieren herumbalgten. Von beyden handelt mit vieler Gelehrſamkeit HUTH in der angef. Diſſertation §. 9.

73) S. DU FRESNE in Gloſſario v. *Campio.*

ten, anrüchtig [74]) und ſchon die Gloſſe des Sachſenſpiegels [75]) hat bemerkt, daß dergleichen Kämpfen auch bey den Teutſchen längſt aufgehoben worden ſey.

2) Oeffentliche Huren, welche ſich ohne Auswahl, entweder aus Gewinnſucht, oder auch ohne Lohn, blos aus thieriſcher Geilheit, dem Liebesgenuſſe eines Jeden überlieſſen [76]); und ſolche, welche Hurenwirthſchaft trieben, d.i. feile Weibsperſonen, zum Gebrauch des Publikums, unterhielten [77]). Beyde waren zwar ſtraflos, wenn ſie ihr Gewerbe unter der Auctorität und Aufſicht der Aedilen trieben [78]). Denn, um gröſſere Uebel zu vermeiden, duldeten die Römer unter gewiſſen Einſchränkungen die Bordelle [79]). Allein die römiſchen Geſetze erklären ſie für

74) Sachſenſpiegel I. B. Art. 37.

75) Ad Art. 39. Lib. I.

76) L. 43. *pr. et* §. 1. 2. *et* 3. *D. de ritu nupt.*

77) L. 4. §. 2. *D. h. t.* L. 43. §. 7. 8. *et* 9. *D. de ritu nupt.* Man hat jedoch in der Folge noch andere Bedeutungen mit dem Worte *Leno* verbunden, welche der Hr. Geh. JuſtizR. Klein in den Grundſätzen des peinlichen Rechts §. 418. anführt.

78) TACITUS Lib. II. *Annal.* cap. 85. erzählt, Viſtiliam, praetoria familia genitam, licentiam ſtupri apud Aediles vulgaſſe, *more inter Veteres recepto, qui* ſatis poenarum adverſus impudicas *in ipſa profeſſione flagitii* credebant.

79) L. 27. §. 1. *D. de heredit. petit.* Hierauf bezieht ſich auch, wenn Ulpian L. 4. §. 3. *D. de condict. ob turpem cauſ.* ſagt: *illam* turpiter quidem facere, quod ſit meretrix, *ſed non turpiter accipere* ſc. mercedem, *cum ſit meretrix.* S. *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. II. cap. 12. *Io. Gottl.* HEINECCIUS ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 1. §. 11. RIVINUS in Diſſ. de muliere quaeſtuaria. *Viteb.* 1733.

für ehrlos [80]). Oeffentliche Huren mußten ſich daher durch eine beſondere Kleidung, welche Ulpian [81]) veſtem meretriciam nennt, von andern ehrbaren Frauenzimmern unterſcheiden, und Suetonius [82]) ſagt: ſie waren *iure et dignitate matronali exſolutae.* Inſonderheit aber waren die Hurenwirthe bey den Römern ſo verachtet, daß man von demjenigen, der auch nur mit ihnen umgieng, wenn er auch gleich ſonſt nichts that, ſagte, *eum rem fidemque perdere*, wie ſich Plautus [83]) ausdruckt. Da Keuſchheit eine der vier Haupttugenden war, deren unſere Vorfahren ſich befleiſſigten, ſo darf man ſich nicht wundern, wenn öffentliche Huren ſowohl als Kuppler und Kupplerinnen auch in den teutſchen Reichsgeſetzen für ehrlos erklärt werden [84]).

3) Tu-

80) L. 43. §. 4. D. *de ritu nupt.* Non ſolum ea, quae facit (palam quaeſtum), verum ea quoque, quae fecit, etſi facere deſiit, *Lege notatur:* neque enim aboletur *turpitudo*, quae poſtea intermiſſa eſt. — §. 6. Lenocinium facere non minus eſt, quam corpore quaeſtum exercere. Add. L. 1. *D. h. t.* L. 3. §. 5. D. *de teſtib.* et L. 4. D. *de accuſat.*

81) L. 15. §. 15. D. *de iniur.*

82) in *Tiberio.* Cap. 32.

83) *Curcul.* Act. IV. Scen. II. v. 16. ſqq. Man ſehe auch HEINECCIUS cit. loc. §. 12.

84) Reichspoliceyordn. vom Jahr 1577. Tit. 10. Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 122. Man ſehe beſonders Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. III. S. 85. ff. Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 305. und Danz Handbuch des teutſchen Privatrechts 3. Th. §. 301. S. 62. und §. 305. S. 72.

3) Tutoren und Curatoren, welche ihre Pflegbefohlne vor Ablegung der Rechnung und vor Ablauf der zur Nachſuchung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand feſtgeſetzten Zeit ohne beſondere Erlaubniß entweder ſelbſt heyrathen, oder ihrem Sohne zur Ehe geben [85]). Solche Vormünder werden nach dem röm. Rechte

85) L. 66. *pr.* D. *de ritu nupt.* Non eſt matrimonium, ſi tutor vel curator pupillam ſuam intra viceſimum et ſextum annum, non deſponſam a patre, nec teſtamento deſtinatam, ducat uxorem, vel eam filio ſuo iungat: *quo facto uterque infamatur*, et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. Nec intereſt, filius ſui iuris, an in patris poteſtate ſit. Dieſe Verordnung gründet ſich auf ein *Senatusconſultum* ad orationem D. MARCI et ANTONINI conditum, wie aus der L. 59. und der Inſcription der *L.* 60. D. *eod.* erhellet. Wenn es in der angeführten Stelle heißt: *intra viceſimum et ſextum annum*, ſo bezieht ſich dieſes darauf, daß nach dem ältern röm. Rechte die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand intra annum utilem geſucht werden mußte, dieſer Zeitraum aber erſt mit dem eingetretenen ſechs und zwanzigſten Jahre zu laufen anfieng. Man ſieht dieſes noch deutlicher aus der L. 6. C. *de interdicto matrim. int. pup. et tutor.* Weil jedoch Juſtinian in der L. *ult. Cod. de tempor. in int. reſtitut.* jenen annum utilem in ein quadriennium continuum verwandelt hat, ſo durfte nun nach dieſem neuern Rechte der Vormund ſeine Pupillin nicht vor ihrem 29. Jahre heyrathen, wenn er auch gleich ſchon Rechnung abgelegt hatte. Man ſehe *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diſſ. XLV. §. 24. (*Operum* Tom. III. pag. 392.) Endlich bemerke ich noch, daß die Worte: *quo facto uterque infamatur*, nicht auf den Tutor und ſeinen Sohn, ſondern vielmehr auf den Tutor und Curator gehen, von welchen vorher die Rede war. Den Sohn, welcher aus Gehorſam gegen ſeinen Vater eine geſetzlich verbotene Ehe ſchließt, ent-

te darum für ehrlos gehalten, weil man glaubte, daß ſie die Ehe mit ihrer Pflegbefohlnen aus keiner andern Abſicht eingegangen hätten, als um die Ablegung der Rechnung zu vermeiden, und ihre begangene Untreue dadurch zu decken 86). Einen weitern Beweis hiervon hielt man nicht für nöthig. Die bloſſe Eingehung einer ſolchen Ehe ſchien ſchon allein den römiſchen Geſetzgebern hinreichend zu ſeyn, um den Vormund für geſtändig und überwieſen zu halten 87). Auf

dieſe

entſchuldigt Ulpian ſelbſt in einem ähnlichen Falle L. 11. §. *ult.* D. *de his, qui not. infam.* und führt den ganz allgemeinen Grund an: nam et qui obtemperavit, venia dignus eſt, et qui paſſus eſt ducere, notari debet ignominia. Auch die Kr. Diocletian und Maximian erklären in der L. 7. C. *de interdicto matrim. inter pup. et tut. ſeu curat.* blos den Vormund für ehrlos, aus einem Grunde, der auf den Sohn deſſelben nicht anwendbar iſt. Mit mir ſtimmt überein *Ant.* FABER in Iurisprudentia Papinian. (*Lugd.* 1607.) Tit. IX. Princip. I. Illat. 11. pag. 348. ſeqq. Uebrigens iſt hier noch überhaupt anzuführen *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN Progr. ad Orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. *Lipſiae* 1783.

86) L. 67. §. 3. D. *de ritu nuptiar.* — Quaſi propter hoc interponatur, *ut ratio tutelae reddendae cohibeatur:* quam cauſam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio *Divi* MARCI continet. Noch andere Gründe führen WESTENBERG c. l. §. 17. und PÜTTMANN c. l. an.

87) L. 7. C. *de interdicto matrimon. inter pup. et tutor.* Si tutor, vel curator pupillam, vel adultam quondam ſuam ſibi, vel filio ſuo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, *veluti* CONFESSUM DE TUTELA: *quia huiusmodi coniunctione fraudem adminiſtrationis tegere laboravit.* Man vergleiche über dieſes Geſetz vorzüglich *G. L.* BOEHMERI Diſſ. de querela inofficioſae donationis fratrum. §. 9.

dieſe Infamie nimmt man jedoch, nach der Meinung der bewährteſten Rechtsgelehrten [88]), heutiges Tages keine Rückſicht mehr. Denn da bey uns die Vormünder einer viel ſtrengern obrigkeitlichen Aufſicht unterworfen ſind, als bey den Römern, ſelbige auch alle Jahr Rechnung ablegen müſſen, und dazu von obrigkeitlichen Amtswegen angehalten werden können; ſo fällt freylich der Grund jenes Verdachts heut zu Tage weg, welchen die röm. Geſetzgeber gegen die Ehe des Vormundes mit der Pflegbefohlnen vor abgelegter Rechnung hegten. Hierzu kommt, daß ein Vormund nach dem heutigen Rechte nicht einmal in iudicio tutelae durch richterliches Urtheil ehrlos wird, wenn er nicht namentlich wegen eines überwieſenen Betrugs verurtheilt worden iſt. Um ſo weniger kann man ihn alſo wegen eines in den Geſetzen nur fingirten Geſtändniſſes für ehrlos halten [89]).

4) Diejenigen, welche mit mehreren zugleich eine Ehe, oder auch nur ein Eheverlöbniß eingehen. Auch dieſe ſind nach dem Edict des Prätors ipſo

88) STRYK Uſ. Mod. Pandect. Tit. de ritu nupt. §. 10. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. in fin. *a* PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 94. §. 8. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 210. Reg. 7. n. 322. und Obſerv. 211. v. *Tutor.* pag. 370. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 126. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts. 3. Band. §. 307. S. 75. folg.

89) Man ſehe hier vorzüglich BOEHMER cit. Diſſ. §. 9.

ipſo facto ehrlos [90]). Allein in Teutſchland findet auch deswegen keine Infamie weiter ſtatt [91]); ſondern es iſt in Anſehung der Bigamie nach dem in der Praxis ſchon oben angeführtermaſſen (§. 377.) angenommenen Grundſatze, lediglich darauf zu ſehen, ob die deßhalb zu erkennende Strafe an ſich infamirt; und wegen des criminis binorum ſponſaliorum hat ſchon das canoniſche Recht die Strafe der Infamie abgeſchafft [92]); daher man deßhalb heutiges Tages nur auf eine willkührliche Strafe, die gewöhnlich in einer mäſſigen Geldbuſſe oder in Gefängniß beſteht, zu erkennen pflegt [93]). Nicht minder werden

5) Wittwen, welche während des Trauerjahrs ohne erhaltene Diſpenſation ſich wieder verheyrathen, ſo wie auch diejenigen, welche wiſſentlich und freywillig die Ehe mit ihnen ſchlieſſen, nach den röm. Rechten ehrlos [94]). Man nahm hier

90) *L.* 1. *D. h. t.* Merkwürdig iſt, was Ulpian *L.* 13. §. 4. *D. eod* ſagt: Cum *factum* notetur, etiamſi cum ea quis nuptias vel ſponſalia conſtituat, quam uxorem ducere vel non poteſt, vel fas non eſt: erit notatus.

91) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 211. v. *Bigamus.* Ebenderſelbe in Epitome ſacri iuris Cap. LIII §. 44. und Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 152. Not.*** S. 315.

92) *Cap.* 3. *et* 31. *X. de Sponſal.*

93) S. Quiſtorps Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 472. Not.** S. 714.

94) In der *L.* 1. *D. h. t.* wo die Worte des Edicts angeführt werden, iſt zwar eigentlich nur von dem Vater die Rede, welcher ſeine verwittwete Tochter, die noch in ſeiner väterlichen Gewalt iſt, vor Ablauf der geſetzlichen Trauerzeit ſchon wieder verheyrathet, deßgleichen von demjenigen, welcher, frey von

hier immer den Fall als möglich an, daß die Wittwe ſich von ihrem verſtorbenen Manne ſchwanger befinden könnte,

von der väterlichen Gewalt, mit einer ſolchen Wittwe, die noch ihren Mann betrauert, wiſſentlich eine Ehe ſchließt. Hingegen von der Infamie der Wittwe ſelbſt, welche während der Trauerzeit zur zweyten Ehe ſchreitet, wird hier ausdrücklich nichts erwähnt. Allein Tribonian ließ vermuthlich die hierher gehörigen Worte des Edicts darum weg, weil er glaubte, dieß ſey ohnehin bekannt, und verſtehe ſich aus dem Zuſammenhange von ſelbſt. Denn daß der Prätor auch die Wittwe in ſeinem Edict mit der Ehrloſigkeit belegt habe, erhellet aus der *L.* 11. §. 3. *D. h. t.* *L.* 15. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.* *L.* 1. *et* 2. *C. de ſec. nupt.* und *Nov. XXII. cap.* 22. Wenn übrigens *Io. Conr.* RÜCKER Obſervation. Cap. I. in der *L.* 1. *h. t.* nach den Worten: cum eum mortuum eſſe ſciret, das Comma weggeſtrichen, und die folgenden Worte: intra id tempus, quo elugere virum moris eſt, ohne Unterſcheidungszeichen mit jenen verbunden wiſſen will, weil ſonſt nicht nur die nachfolgenden Worte: antequam virum elugeret, eine unnütze Tavtologie enthielten, ſondern auch die offenbare Ungereimtheit daraus entſtehen würde, als ob der Vater alsdann ſtraflos ſey, wenn er ſeine Tochter, ohne zu wiſſen, daß ihr Mann tod ſey, ſchon wieder an einen andern verheyrathet hätte; ſo hat ſchon *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN in Interpretat. et Obſervat. iur. Rom. Cap. 33. §. 2. dagegen erinnert, daß dergleichen Tavtologien in den Geſetzen der Pandecten nicht ungewöhnlich ſind, und jene vorgegebene Ungereimtheit wegfalle, wenn man, wie auch *Scip.* GENTILIS de ſecundis nuptiis Cap. 18. pag. 138. dieſen Fall annimmt, bedenkt, daß der Vater aus wahrſcheinlichen Gründen kann geglaubt haben, ſein Schwiegerſohn ſey tod, zumal da nach den Geſetzen der Pandecten eine Ehe auch morte civili, nämlich durch Gefangenſchaft oder Deportation aufgehoben wurde. *L.* 1. *D. de divort.* *L.* 56. *D. ſol. matrim.* Ein ſolcher verzeih-

und beſorgte daher aus der zu frühen Ehe, wie Ulpian [95]) ſagt, *turbationem ſanguinis*, oder, wie Juſtinian [96]) ſich ausdrückt, *generationis* aut *ſeminis incertitudinem*. Daß die Verhütung einer ſolchen Ungewißheit in Anſehung der Geburt, die daraus entſteht, wenn die Wittwe ſich gleich wieder nach ihres Mannes Tode verheyrathet, wo es alsdann immer zweifelhaft bleibt, ob das Kind, was ſie in der zweyten

zeihlicher Irrthum, in welchem ſich der Vater in Anſehung des Todes ſeines Schwiegerſohns befinden konnte, ſchloß alſo billig jene Strafe der Ehrloſigkeit aus; und mit Recht ſagt in dieſer Rückſicht der Prätor, daß der Vater nur dann infam ſeyn ſolle, wenn er gewiß gewußt, daß ſein Schwiegerſohn tod ſey, und er dennoch, ehe die geſetzliche Trauerzeit verfloſſen geweſen, ſeine verwittwete Tochter während derſelben ſchon wieder einem andern zur Ehe gegeben hätte. Es iſt daher auch nicht gerade nothwendig, in der L. 8. *D. h. t.* wo es heißt: *genero mortuo*, merito adiecit Praetor, *cum eum mortuum eſſe ſciret*, ne ignorantia puniatur; mit RÜCKER c. l. nach den Worten: cum eum mortuum eſſe ſciret, annoch beyzufügen, *intra id tempus*, *quo elugere virum moris eſt*; und dieſe Unwiſſenheit, die hier dem Vater zur Entſchuldigung gereichen ſoll, mit *Franc. de* AMAYA Obſervation. iuris Lib. I. cap. 2. blos von einer Unwiſſenheit in Anſehung der Zeit des Todes ſeines Schwiegerſohns zu verſtehen, als ob nämlich der Vater nur dann Entſchuldigung verdiene, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthume geglaubt habe, daß die Trauerzeit bereits verfloſſen geweſen, als er ſeine Tochter wieder verheyrathete. Indeſſen hat doch *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 44. ſeqq. den RÜCKER wider Püttmann zu vertheidigen geſucht.

95) L. 11. §. 1. *D. h. t.*

96) L. 53. §. *ult. Cod. de Epiſcop. et Cler.*

ten Ehe gebiert, von dem erſtern oder von dem zweyten Ehemanne ſey, für den urſprünglichen und alſo unſtreitig für den Hauptgrund jener römiſchen Verordnung zu halten ſey [97]), kann wohl mit Grunde nicht geleugnet werden, wenn man erwägt, 1) daß die Wittwe anfänglich nur zehen Monate ihren Mann betrauert habe, ohngeachtet das römiſche Calenderjahr ſchon ſeit **Numa Pompilius** aus zwölf Monaten beſtand; denn ſchon von den älteſten Zeiten an, ja, wie **Gellius** [98]) lehrt, ſchon in den zwölf Tafelgeſetzen, war zum Grundſatz angenommen, daß die vollkommene Geburt eines Menſchen längſtens mit dem zehnten Monate eintrete [99]); 2) daß eine Wittwe die geſetzlich beſtimmte Trauerzeit

97) Man ſehe hierüber beſonders nach *Em.* MERILLII Obſervation. Lib. V. cap. 30. *Corn. van* BYNCKERSHOECK Obſervat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12. *Greg.* MAJANSII Diſſ. de viduarum luctu §. 18. (in EIUS *Diſputat. iuris civ.* Tom. II. Diſputat. XLVII. pag. 178. ſeqq.) *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 46. ſeqq. und *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. h. T. I. pag. 291.

98) *Noct. Attic.* Lib. III. cap. 16. — Quoniam Decemviri in decem menſibus gigni hominem ſcripſiſſent.

99) Hierauf zielt auch OVIDIUS Lib. I. *Faſtorum*, wenn er ſagt:

Tempora digereret cum conditor Urbis, in *Anno*
Conſtituit *menſes quinque bis* eſſe ſuo.
Scilicet arma magis, quam ſidera, *Romule*, noras
Curaque finitimos vincere maior erat.
Eſt tamen et *ratio*, Caeſar, quae moverit illum,
Erroremque ſuum, quo tueatur, habet.
Quod ſatis eſt, utero matris dum prodeat infans;
Hoc anno ſtatuit, temporis eſſe ſatis.

Per

zeit dennoch halten mußte, wenn gleich ihr Mann, eines begangenen Verbrechens wegen, ein ſolcher war, quem more majorum lugeri non oportet [100]); und daß es 3) ihr nur dann erlaubt war, noch vor Ablauf der Trauerzeit ſich wieder zu verheyrathen, wenn ſie während derſelben bald nach ihres Mannes Tode niedergekommen, und folglich nun keine confuſio ſanguinis weiter zu befürchten war [1]). In der Folge trat indeſſen noch ein anderer Grund hinzu, wodurch die Geſetzgeber die Strenge jener Strafe zu rechtfertigen ſuchten, welche eine während der Trauerzeit eingegangene Ehe zur unmittelbaren Folge hatte. Man ſahe nämlich eine ſolche frühzeitige Ehe zugleich als eine Verletzung des öffentlichen Wohlſtandes und der Ehrerbietung an, welche eine Wittwe dem verſtorbenen Manne noch ſchuldig iſt [2]). In dieſer Rückſicht verwandelte daher auch Kr. Theodoſius der große dieſ zehenmonatliche Trauerzeit der

Per totidem menſes a funere coniugis uxor
Suſtinet in vidua triſtia ſigna domo.
Hoc igitur vidit trabeati cura Quirini,
Cum rudibus populis annua iura daret.

100) L. 11. §. 1. *et* 3. *D. h. t.*

1) L. 11. §. 2. *D. eod.*

2) CUJACIUS Obſervation. Lib. VI. cap. 32. *Franc. de* AMAYA Obſervat. Lib. I. cap. 2. n. 13. *Scip.* GENTILIS de ſecundis nuptiis cap. 18. pag. 125. ſeqq. *Ant.* SCHULTING ad Πρῶτα Pandect. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT ad Digeſta h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 80.) *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib IV. cap. 10. pag. 413. ſeq. *Io Conr* RÜCKER Obſervation. cap. 1. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diſputat. iuris civ. Tom. II. Diſp. XLVII. §. 18. in fin. und beſonders PÜTTMANN Interpretat. et Obſervation. iuris Rom. Cap. 33. pag. 166.

der Wittwen in eine zwölfmonatliche [3]), und ſagt ausdrücklich, daß eine Wittwe, welche das Trauerjahr nicht gehalten, ſchon darum allein die Infamie verdiene, *quod religionem priori viro nuptiarum feſtinatione haud praeſtiterit*, ſie möge ſich von ihm ſchwanger befinden, oder nicht [4]); womit auch Juſtinian übereinſtimmt, wenn er von einer ſolchen Wittwe, die vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern Ehe ſchreitet, ſagt, *eam negligere mariti memoriam*, und verdiene ſchon *propter ſolam honeſtatem* die geſetzliche Strafe [5]). Dahingegen war es einer Wittwe nicht verboten, während des Trauerjahrs ein gültiges Eheverlöbniß zu ſchließen [6]). Ja es hielt auch nicht ſchwer, vom Kaiſer eine Diſpenſation zu erhalten, um selbſt zur andern Ehe ſchreiten zu dürfen, nur mußte bey der Wittwe keine Schwangerſchaft zu vermuthen ſeyn [7]). Da übrigens keiner der angeführten Gründe

3) *L. 2. Cod. de ſec. nupt.* Es iſt alſo ein Irrthum, wenn *Scip.* GENTILIS de ſecundis nuptiis Cap. 18. p. 124. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 111. Not. 3. u. a. m. dem Kr. Juſtinian die Verwandelung der zehenmonatlichen Trauerzeit in ein ganzes Trauerjahr zuſchreiben wollen. S. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 20.

4) *L. 1. Cod. de ſec. nupt. L. 4. Cod. ad Sctum Tertull.*

5) *Nov. XXII. Cap.* 40.

6) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Quae virum eluget, intra id tempus ſponſam fuiſſe, non nocet. Man ſehe auch PÜTTMANN Adverſarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 10.

7) *L. 10. pr. D. h. t.* Solet a Principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat. Daß jedoch die röm. Kaiſer zuweilen auch einer ſchwangern Wittwe eine ſolche Diſpenſation ertheilt haben, beweiſen die Beyſpiele, welche GENTILIS de ſecund. nuptiis Cap. 18. pag. 141. angeführt hat. Zuwei-

de auf den Wittwer paßt, ſo war es dieſem nach römiſchen Rechten erlaubt, gleich nach der Frauen Tode ſich wieder zu verheyrathen, ohne eine Trauerzeit abwarten zu dürfen [8]). Das canoniſche Recht hat jedoch der Wittwe nicht nur die Strafe der Ehrloſigkeit erlaſſen, ſondern auch ſogar das Trauerjahr ſelbſt aufgehoben [9]). Ob nun gleich nicht zu leugnen

Zuweilen pflegte zwar auch der Senat den Wittwen aus beſondern Urſachen zu erlauben, die Trauerkleider abzulegen, allein dieſe Erlaubniß gab den Wittwen noch kein Recht, zur zweyten Ehe zu ſchreiten, wie aus der *L.* 15. *C. Ex quib. cauſ. infam. irr.* erhellet. S. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diſſ. §. 19. et 20. (*Diſſertat. iur. civ.* T. II. pag. 123. ſeq.) und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. XIX. Not. 1.

8) *L.* 9. *D. h. t. Nov. XXII. cap.* 22. Hierher gehört auch SENECA *Epiſt.* 63. wo er ſagt: Annum (ſc. *Romuleum*) feminis ad lugendum conſtituêre maiores: *viris nullum legitimum tempus eſt, quia nullum honeſtum.*

9) *Can.* 7. *Cauſ. II. Quaeſt.* 3. Non fiunt infames lege canonum omnes, quos leges ſeculi infames pronunciant, — — quod etiam de ea fateri cogimur, *quae intra annum luctus nubit:* cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori: et *iure poli, mortuo viro, ſoluta eſt a lege viri,* ut nubat, cui vult. *Cap.* 4. X. *de ſecund. nupt.* Super illa quaeſtione, qua quaeſitum eſt, an mulier poſſit ſine infamia nubere intra annum luctus, reſpondemus, quod cum Apoſtolus dicat: *mulier, viro ſuo mortuo, ſoluta eſt a lege viri ſui, et in Domino nubat, cui voluerit;* per licentiam et auctoritatem Apoſtoli *eius infamia abolетur.* — *Cap.* 5. *X. eod.* Cum ſecundum Apoſtolum mulier, mortuo viro ſuo, ab eius ſit lege ſoluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem, *non debet legalis infamiae ſuſtinere iacturam*, quae licet poſt viri obitum intra tempus luctus, ſcilicet unius anni ſpatium, nubat, conceſſa ſibi tamen ab Apoſtolo utitur poteſtate, cum in his praeſertim ſeculares leges non dedignentur ſacros canones imitari.

leugnen iſt, daß dieſe påbſtliche Verordnung auf keinem überzeugenden Grunde beruhet, indem der Apoſtel Paulus [10]), auf den ſich der Pabſt beruft, wohl nicht die Abſicht gehabt hat, jenem geſetzlichen Verbote geradezu zu widerſprechen [11]); ſo kommt es nun doch, nachdem wir das canoniſche Recht in Teutſchland einmal aufgenommen haben, wie auch ſchon Struben [12]) bemerkt hat, nicht mehr darauf an, ob die heilige Schrift von den Påbſten recht verſtanden worden, mithin ihre Verordnung auf gute Gründe gebauet iſt; ſondern es iſt nur bloß darauf zu ſehen, was ſie haben verordnen wollen; und da iſt es denn wohl keinem weitern Zweifel unterworfen, daß ſie den Wittwen ausdrücklich erlauben, während des Trauerjahrs zur andern Ehe zu ſchreiten, und daher das römiſche Eheverbot aufgehoben haben [13]). Der Auctorität des påbſtlichen Rechts iſt es demnach

10) I. Corinth. *VII. v.* 39. Römer *VII. v.* 3.

11) Denn in den angeführten beyden Stellen widerlegt der Apoſtel eigentlich blos den Irrwahn ſeiner Zeitgenoſſen, welche die zweyte Ehe für ſchlechterdings verboten hielten. S. GENTILIS de ſecund. nupt. Cap. 18. pag. 142. und KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 57.

12) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 16. S. 92.

13) Der ſeel. Hofrath Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 106. behauptet zwar, das canoniſche Recht habe nur, ſtatt der in dem Röm. Rechte verordneten Strafe der Ehrloſigkeit, die Kirchenbuße eingeführt, übrigens aber das Verbot beybehalten. Eben ſo Hr. Prof. Dabelow in den Grundſätzen des allgem. Eherechts §. 292. Allein die in der Not. 9. angeführten Stellen des canoniſchen Rechts enthalten von einer vermeintlichen Kirchenbuße nichts. Es wäre auch ein offenbarer Widerſpruch, eine ſolche Strafe zu verordnen, und doch zu

nach unſtreitig zuzuſchreiben, daß heut zu Tage jene Strafe der Ehrloſigkeit weder bey den Catholiken noch Proteſtanten mehr im Gebrauche iſt, und daß auch in den meiſten Orten Teutſchlandes von den Wittwen kein Trauerjahr mehr gehalten wird, ſondern ſelbige entweder nach ihrer Entbindung ſogleich wieder zur zweyten Ehe ſchreiten können, oder doch allenfalls zur Vermeidung aller Ungewißheit in Anſehung der Generation, nur längſtens eine Zeit von neun Monaten abwarten dürfen [14]. Denn inſofern bey der Wittwe noch Schwangerſchaft zu vermuthen iſt, kann ihr auch heutiges Tages die anderweite Verheyrathung ſogleich nach des Mannes Tode um ſo weniger geſtattet werden, je mehr nicht nur eine ſolche Ehe an ſich der natürlichen Pflicht der Ehrbarkeit und des Wohlſtandes zuwider ſeyn, ſondern auch die daraus entſtehende incertitudo ſobolis wegen der Erbfolge nachtheilige Folgen für den Staat haben würde Daher ſind darin ſowohl katholiſche als proteſtantiſche Rechtsgelehrten einig, daß in dieſem Falle die Diſpoſition des canoniſchen Rechts unanwendbar ſey [15]), und es haben in dieſer

zu ſagen, daß eine Wittwe nach dem Tode ihres Mannes a lege viri ſui völlig frey ſey, und daher ſogar nach der heiligen Schrift die Erlaubniß habe, während des Trauerjahrs ſich wieder zu verheyrathen. Mit mir ſtimmen überein *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iure Eccleſ. univ. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 3. §. 10. 11. et 12. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. T. IV. §. 236. und beſonders *I. L. E.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17.

14) VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Tit. de Ritu nupt. §. 98. und *de* SELCHOW Select. capita doctrinae de infamia. Sect. II. §. 7.

15) Man vergleiche beſonders *Car. Sebaſt.* BERARDI Commentar. in ius eccleſiaſt. univerſ. (*Venetiis* 1778. 4.) Tom. III. Diſſ.

ſer Rückſicht die meiſten teutſchen Landesgeſetze eine gewiſſe Zeit, welche bald in mehreren bald in wenigern Monaten, nicht leicht aber in einem ganzen Jahre beſteht [16]), der Wittwe vorgeſchrieben, die ſie beobachten muß, ehe ſie zur zweyten Ehe ſchreiten darf, wofern ſie nicht eine willkührliche, entweder Geld- oder Gefängnißſtrafe [17]) befürchten will. Da nun alſo die Strafe der Ehrloſigkeit in Anſehung der Wittwen heut zu Tage aufgehoben iſt, ſo kann ſie auch wohl der Analogie nach in Anſehung desjenigen nicht mehr ſtatt finden, der eine Wittwe vor Ablauf der Trauerzeit wiſſentlich geheyrathet hat, wenn gleich das canoniſche Recht hiervon ausdrücklich nichts erwähnt.

Auſſer denen, welche der Prätor in ſeinem Edict unmittelbar mit der Ehrloſigkeit belegt hat, ſind noch folgende nach den römiſchen Civilgeſetzen infam:

6) die

Diſſ. IV. Cap. 7. pag. 141. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. und KOEHLER cit. Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 54.

16) Nach dem allgemeinen Geſetzbuch für die Preuſſiſchen Staaten II. Th. Tit. I. §. 19. u. 20. ſollen Wittwen, welche ſich aus der vorigen Ehe geſtändlich oder notoriſch ſchwanger befinden, nicht vor ihrer Entbindung, auſſer dieſem Falle aber nicht eher, als nach neun Monaten, von Zeit der Trennung der vorigen Ehe angerechnet, ſich wieder verheyrathen dürfen. Ein Wittwer ſoll zwar auch, der Wohlanſtändigkeit wegen, eine Trauerzeit halten, ſie beſteht aber, nach §. 24. des angef. Titels, nur in einem Verlauf von ſechs Wochen.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 12. und Höpfner im Commentar §. 111.

6) die im Ehebruche betroffen worden ſind [18]), welche jedoch heutiges Tages nur in ſofern ehrlos werden, als ſie deßhalb zu einer infamirenden Strafe ſind verurtheilt worden [19]).

7) Die einen unerlaubten Zinswucher öffentlich getrieben haben [20]). Allein daß auch die deßhalb in dem römiſchen Rechte verordnete Ehrloſigkeit heut zu Tage nicht mehr in Anwendung komme, iſt, nach dem Gerichtsbrauche, keinem Zweifel unterworfen [21]).

3) Die einen beſchwornen Vergleich vorſätzlich gebrochen haben [22]). Hiervon iſt ſchon an einem andern Orte (S. 73.) umſtändlicher gehandelt worden.

4) Richter, welche ſich beſtechen laſſen, oder ſonſt aus vorſätzlicher Partheylichkeit offenbar unge-

18) L. 43. §. *penult.* D. *de ritu nupt.* Das Geſetz redet zwar nur von einer femina in adulterio deprehenſa; daß aber das nämliche auch vom adultero gelte, zeigt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.

19) *G. L.* BOEHMER Diſſ. de querela inoff. donationis fratrum. §. 8.

20) L. 20. *Cod. Ex quib. cauſ. infam. irrog.* S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 7. WISSENBACH Commentar. in Cod. Lib. II. Tit. XII. §. ult. und FROMMANN Diſſ. de anatociſmo Th. 38. et 39.

21) *de* BOEHMER Obſervat. ſelect. ad *Carpzovium.* Quaeſt. XCII. Obſ. 4. und von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 2. Stück. Nr. IX. S. 164. (oder Nr. XVIII. der neuen Ausgabe.)

22) L. 41. *Cod. de Transact.*

ungerecht verfahren [23]). Wegen der Beſtrafung ſolcher Richter finden jedoch h. z T. auch andere Grundſätze ſtatt [24]). Endlich

5) erklären noch unſere teutſche Reichsgeſetze Notarien und Richter für infam, welche eine von einem Juden an einen Chriſten geſchehene Schuldceſſion aufſetzen, oder beſtätigen [25]). Allein der heutige Gerichtsbrauch folgt auch hierin der geſetzlichen Strenge nicht [26]).

§. 380.

Fälle einer mittelbaren Infamie.

Eine mittelbare Infamie erfordert nun hingegen zu ihrer vollkommenen Wirkung ein richterliches Urtheil, und erwächſt nach dem römiſchen Rechte

1) aus öffentlichen mit Vorſatz begangenen Verbrechen [27]). Es iſt jedoch zu bemerken, daß nicht alle Verbrechen, worauf eine öffentliche Strafe geſetzt war,

23) L. 2. *Cod. de poena iud. male iudic.*

24) von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinl. Rechts 1. Th. §. 424.

25) Reichsabſch. vom Jahr 1551. §. 80. „Zudem wollen und gebieten wir, daß keine Obrigkeiten oder Notarien, dieſe Contracte, da ein Jude eines Chriſten Schuld, einem andern Chriſten verkauft, ſtellen und verfertigen ſoll. Wo aber einige Obrigkeit oder Notarii ſolches übertreten, dieſelben ſollen ihrer Ehre und Aemter entſetzt ſeyn.“

26) Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 3. Band §. 307. Nr. 6. S. 76.

27) *L. 7. D. de publicis iudic.*

war, bey den Römern infamirten, ſondern nur die *delicta publica* im eigentlichen Verſtande, welche man auch *delicta publica ordinaria* zu nennen pflegt, bey denen nämlich ein Comitialgeſetz, wie z. B. Lex Cornelia de ſicariis, Lex Pompeia de parricidiis, Lex Iulia maieſtatis, Lex Iulia de adulteriis, u. d. vorhanden war, welches die öffentliche Strafe beſtimmte [28]). Zu den Verbrechen dieſer Art gehörte unſtreitig auch das Stuprum, weil deſſen Strafe in der Lege Iulia de adulteriis beſtimmt war [29]). Ob aber ſolches noch heut zu Tage die Ehrloſigkeit zur Folge habe, iſt unter den practiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig. Verſchiedene wollen behaupten, daß wegen der allgemeinen Aufnahme des römiſchen Rechts aus einem begangenen Stuprum auch noch heutiges Tages die Infamie mit allen ihren rechtlichen Folgen erwachſen müſſe [30]). Allein der Gerichtsbrauch ſtimmt damit nicht überein [31]). Denn da heuti-

28) *L. 1. D. de public. iud.* wo Macer ſagt: Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica ſunt, ſed ea tantum, *quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt.* Man ſehe auch *Ge. Lud.* BOEHMERI Comment. de abigeatu et furto equorum. Cap. I. §. 3. ſeqq.

29) §. 4. *I. de public. iud.* *L. 25. Cod. ad Leg. Iul. de adulter.* S. *Io. Guil.* HOFFMANNI ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis lib. ſing. Cap. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 15. nr. 1.

30) LAUTERBACH h. t. §. 15. CARPZOV Lib. VI. Reſp. C. n. 9. ſeqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 2. et Specim. DLXXXII. Med. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. P. I. §. 322. Not. a.

31) REINHARTH Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaeum* Vol. I. Obſ. 8. a PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 18. HOMMEL

heutiges Tages das Stuprum nur mit einer Geldbuſſe oder einem mäſſigen Gefängnis beſtraft zu werden pflegt, ſo ergiebt ſich ſchon daraus von ſelbſt, daß wenigſtens der Regel nach die Vorſchriften des römiſchen Rechts von den delictis publicis, und der daraus entſpringenden Infamie in den teutſchen Gerichten bey einem Stuprum wegfallen müſſen [32]). Man kann es daher nach der Meinung der bewährteſten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundſatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrloſigkeit der Regel nach nicht weiter zur Begleiterin habe [33]), es wäre denn, daß entweder wegen der eintretenden gravirenden Umſtände eine eigentliche peinliche Strafe, die ſchon an ſich den Verluſt der Ehre zur Folge hätte, zu erkennen wäre [34]) oder daß von einer eigentlichen Hurerey, worin jemand öffentlich lebt, die Rede ſeyn ſollte, welche wenigſtens ſo lange, als eine ſolche ſchändliche Lebensart fortgeſetzt wird, eine infamiam facti nach ſich zieht [35]). Von jenen

MEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 211. v. *Meretrix.* pag. 359. Vol. II. Obſ. 359. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 1137. von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. XVIII. S. 296. u. folg.

32) v. Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts 1. Th. §. 478. und MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. I. Faſc. II. Obſ. 173.

33) KRESS Commentar. ad Art. CX. Conſt. Crim. Car. §. 1. Not. 3. *de* BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. LXIX. Obſ. 1. et in Meditat. ad Conſt. Crim. Car. Art. CXX. §. 22. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 13. Not. 4. *Ge. Iac. Frid* MEISTER Princip. iur. crim. §. 266. und Kleins Grundſätze des peinl. Rechts §. 371. Not. a.

34) v. Quiſtorp Grdſ. des teutſch. peinl. Rechts §. 477.

35) KRESS c. l. Quiſtorp in den angef. Beyträgen.

jenen delictis publicis ordinariis waren die *extraordinaria* unterſchieden. Darunter verſtand man ſolche Verbrechen, welche zwar mit einer öffentlichen Strafe belegt wurden, die aber doch kein Comitialgeſetz, ſondern ein Senatusconſultum oder eine kaiſerliche Verordnung beſtimmt hatte [36]. Von dieſen infamiren nur einige, bey denen nämlich die Strafe der Ehrloſigkeit ausdrücklich verordnet worden iſt [37]. Dahin gehören das crimen praevaricationis [38], crimen expilatae hereditatis [39], und ſepulchri violati [40]. Ob auch das crimen ſtellionatus infamirt, iſt zweifelhaft. Man verſteht unter dieſem Verbrechen überhaupt eine ſolche Fälſchung, deren in der Lege Cornelia de falſis nicht gedacht worden iſt, insbeſondere aber eine Betrügerey bey Contracten [41]. Nun ſagt **Ulpian** an einem Orte [42]: crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non eſt iudicium; an einem andern Orte [43] hingegen läugnet er dieſes ausdrücklich, wenn er ſagt: Stellionatus iudicium famoſum quidem non eſt, ſed coercitionem extraordinariam habet. Um dieſen

36) S. BOEHMER cit. Comm. §. 4. ſeqq.

37) *Ant.* SCHULTING h. t. §. 7.

38) L. 3. §. 2. L. 4. *D. de praevaricat.*

39) L. 12. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

40) L. 1. *D. de ſepul. viol.*

41) SEGER Diſſ. de crimine ſtellionatus. *Lipſ.* 1770. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLVII. p. 416. Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 405.

42) L. 13. §. *ult. D. h. t.*

43) L. 2. *D. de Stellionatu.*

ſen Widerſpruch zu heben, wollen einige 44) das *non* in der letztern Stelle ausſtreichen; andere 45) dieſe Particul für non ſolum, ſo wie das darauf folgende *ſed*, für ſed etiam nehmen; noch andere 46) hingegen die Stelle per' σπιχώρησιν ſo verſtehen, als ob Ulpian ſagen wolle, geſetzt, der Stellionat mache auch nicht ehrlos, ſo ziehe er doch immer eine auſſerordentliche Strafe nach ſich. Allein die meiſten Rechtsgelehrten 47), denen auch unſer Verf. beyſtimmt, ſuchen beyde Stellen auf die Art zu vereinigen, daß ſie ſagen, der Stellionat infamire zwar an ſich nicht, könne aber doch die Ehrloſigkeit alsdann zur Folge haben, wenn ſolcher mit einem infamirenden Verbrechen, oder mit einer actione famoſa concurrire 48). Wenn alſo z. B. jemand einen ſolchen Stellionat begangen hätte, weshalb die actio doli ſtatt findet, ſo kann auf die Infamie erkannt werden, weil die actio

44) *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 13. §. ult. D. h. t. und Conjectur. iur. civ. Lib. IV. c. 2.

45) *Marc.* LYKLAMA Membran. Lib. I. Ecclog. X. §. 3.

46) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Diſputat. XI. §. 23.

47) CUJACIUS Obſervat. Lib. X. cap. 26. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. *Franc.* DUARENUS Diſputat. anniverſar. Lib. I. cap. 42. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 77.) Ebenderſelbe de forma emendandi doli mali Cap. 12. *Ant.* SCHULTING ad Πρῶτα Pandectar. h. t. §. 7. WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 45. POTHIER in Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. XII. Not. q. u. a. m.

48) *Ger.* NOODT c. l. verſteht daher die Worte: infamiam irrogat in der L. 13. §. *ult. D. h. t.* ſo, infamiam irrogare poteſt. Man ſehe auch *Iul.* PACII Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 27.

actio doli dieſe Folge hat. Hätte hingegen der Schuldner ſeinem Gläubiger eine fremde Sache wiſſentlich zum Pfande gegeben, ſo infamirt dieſer Stellionat nicht, weil dem Gläubiger deshalb die actio pignoratitia contraria zuſteht. Eine mittelbare Infamie entſteht nach römiſchen Rechten ferner

2) aus einigen Privatverbrechen, nämlich aus dem Diebſtahl, dem Raube und der Injurie[49]). Ob heutiges Tages jeder Diebſtahl infamire, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige behaupten, daß ſich die Infamie wenigſtens auf einen kleinen Diebſtahl, weshalb keine eigentliche peinliche Strafe ſtatt findet, nicht anwenden laſſe[50]). Die meiſten Rechtsgelehrten hingegen glauben, daß der Regel nach auch noch heut zu Tage aus einem jeden begangenen Diebſtahl eine Infamie erwachſe[51]); man pflegt jedoch zur Vermeidung derſelben bey einem kleinen Diebſtahl die Strafe verhältnißmäſſig zu ſchärfen, und dabey dem Angeſchuldigten ſeine Ehre vorzubehalten[52]). In Anſehung der Injurien ſchränkt man heutiges Tages die Infamie auch nur auf die allergröbſten ein, weßhalb der Inju-

49) L. 1. L. 4. §. 5. *D. h. t.* L. 63. *D. de furt.* L. 7. *D. de public. iudic.* L. 8. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

50) KRESS in Commentar. ad Art. 162. C. C. C. §. 1. Not. 4. BYNCKERSHOECK Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 3.

51) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 4. et Vol. VIII. Specim. DXXXVII. med. 7. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 22. u. a. m.

52) von Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 360. S. 545. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. §. 324. in fin. und Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 3. B. §. 303. S. 68.

Injuriant zugleich peinlich geſtraft wird [53]). Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß nicht einmal der Wiederruf an ſich ehrlos mache, ſofern er nicht durch gewiſſe entehrende Umſtände geſchärft wird [54]): ob man gleich zum Ueberfluß dem Injurianten insgemein die Ehre vorzubehalten pflegt [55]). Endlich zieht auch

3) die Treuloſigkeit in gewiſſen Contracten, nämlich in dem Societäts- Hinterlegungs- und Bevollmächtigungs-Contracte, ſo wie nicht minder die Pflichtvergeſſenheit des Vormundes die Ehrloſigkeit nach ſich [56]). Einige behaupten zwar, daß in jenen Contracten auch ſchon eine bloße Nachläſſigkeit infamire [57]); allein in der Praxis iſt dieſe Meinung wenigſtens nicht angenommen [58]), dieſe erfordert, daß in

 dem

53) Weſtphals Criminalrecht. 85. Anmerk. §. 3. VOET h. t. §. ult.

54) Weber über Injurien und Schmähſchriften. 2. Abtheil. S. 40. folg.

55) MEVIUS P. III. Deciſ. 32. Quiſtorp in den angef. Grundſätzen 1. Th. §. 326. HOFACKER Princip. iur. civ. c. l.

56) *L. 1. L. 6. §. 5. 6. et 7. D. h. t.* Im Depoſitum wird jedoch nur der Depoſitar, nicht der Deponens, um des Betrugs willen infam. S. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 756.

57) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. VOET h. t. §. 2. *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. et 5.

58) COCCEJI cit. ll. räumt dieſes ſelbſt ein; man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 2. not. g. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 322. Daß dieſe Meinung auch in der Theorie nicht gegründet ſey, zeigen *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Digeſtor. h. t. §. 8. und NOODT Com-

dem Urtheil der überwieſenen Treuloſigkeit ausdrückliche Erwähnung geſchehen ſeyn müſſe, wenn die damit verknüpfte Ehrloſigkeit ſtatt finden ſoll, ſonſt iſt das Urtheil, ſalva exiſtimatione, zu verſtehen [59]). Ueberhaupt iſt man heutiges Tages mit der Ehrloſigkeit nicht mehr ſo freygebig, als die römiſchen Geſetzgeber damit waren, ſondern man pflegt vielmehr die Infamie mehr nach teutſchen, als nach römiſchen Rechten zu beurtheilen, und daher in Gemäßheit des bekannten Sprüchworts: man ſoll lieber zehen ehrlich, als einen zum Schelm machen, der Ehre der Staatsbürger gern, ſoviel nur möglich iſt, zu ſchonen [60]).

§. 381.

Commentar. ad Pandect. h. t. Verb. *Sed apparet.* T. II. *Oper.* pag. 79.

59) *L. 4. §. 1. et 2. D. de ſuſpect. tutor.* G. L. BOEHMER cit. Diſſ. de querela inoff. donat. fratr. §. 8. Verſchiedene Rechtsgelehrten wollen ſogar behaupten, daß wegen einer in jenen Freundscontracten begangenen Treuloſigkeit h. z. T. gar keine Infamie weiter ſtatt finde, als VOET h. t. §. 9. und SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 35. et 36. Allein dieſes läßt ſich nicht erweiſen, wie Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. gezeigt hat.

60) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 210. Reg. 7. pag. 322. ſeq. Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. Nr. 3. S. 81. Quiſtorps Grundſätze des teutſchen peinl. Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. S. 100. KIND Quaeſtion. for. *Lipſiae* 1792. cap. 81. Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 307. und Danz Handbuch 3. B. §. 303.

§. 381.

In wiefern bewirkt ein Vergleich über eine infamirende Handlung eine Infamie?

Einem richterlichen Urtheile wird in dem römiſchen Rechte in Abſicht auf die Wirkung der Ehrloſigkeit ein auſſergerichtlicher Transact gleichgeachtet, wenn ſolcher über ein ſchuldgegebenes Verbrechen dergeſtalt eingegangen worden iſt, daß man dem andern Geld oder Geldeswerth gegeben, um ihn von der Anklage abzuhalten [61]). Ein ſolcher Vergleich ſchadete der Ehre des Verdächtigen eben ſo ſehr, als wenn er der That überwieſen, und von dem Richter ſelbſt verurtheilt worden wäre [62]). Denn man glaubte, es ſey aus innerem Gefühle des böſen Gewiſſens geſchehen, und erklärte daher einen ſolchen Tranſigenten geradezu für geſtändig [63]). Nicht gleiche Wirkung hatte jedoch ein Vergleich, der wegen einer beſchuldigten Untreue in einem Contracte, in welchem ſonſt deßhalb auf Ehrloſigkeit erkannt werden kann, geſchloſſen worden iſt [64]). Denn hier hielt man den Vergleich nicht für ſo ſchändlich, als in jenem Falle, weil hier die Verbindlichkeit doch nicht bloß durch ein Verbrechen, ſondern eigentlich durch einen Contract begründet worden [65]). Es ließ ſich daher auch hier kein ſolches ſtillſchweigendes Bekenntnis annehmen, als in jenem Falle, da über ein Verbrechen tranſigiret worden [66]).

61) *L.* 4. *§. fin.* L. 6. *§.* 3. *D. h. t.*

62) *L.* 18. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

63) *L.* 5. *D. h. t.*

64) §. 2. *I. de poena temere litigant. L.* 7. *D. h. t.*

65) *Ant.* FABER Rational. ad L. 7. D. h. t.

66) *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. verb. *Porro ait Praetor* etc. Tom. II. *Oper.* pag. 79.

Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch dieſer Grundſätze darum vertheidigen, weil nirgends eine Abänderung derſelben zu befinden ſey [67]; ſo ſtimmt doch der Gerichtsgebrauch mit dieſer Meinung nicht überein, als nach welchem, wie bereits oben (§. 353. S. 68). bemerkt worden, aus einem wegen angeſchuldigten Verbrechens eingegangenen Vergleiche noch kein ſtillſchweigendes Bekenntnis erwächſt. Es kann daher derjenige, der einen ſolchen Vergleich geſchloſſen hat, heutiges Tages deßhalb nicht gleich für ehrlos gehalten werden [68]. Man ſieht hieraus, daß eine mittelbare Infamie nach dem heutigen Gerichtsgebrauche anders nicht, als durch das Urtheil des Richters bewirkt werden kann, und zwar erfordert man, wenn dieſe Wirkung eintreten ſoll, 1) daß das Urtheil von einem competenten Richter, und nicht etwa von einem bloſen Schiedsrichter [69] (arbitro) geſprochen, 2) gegen denjenigen ſelbſt [70], welcher ſich der infamirenden Handlung ſchuldig gemacht hat, und nicht gegen deſſelben Procurator, oder Erben gerichtet ſeyn [71], und 3) die Rechtskraft beſchritten haben müſſe [72]. Da übri-

67) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 17. 18. et 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 323.

68) SCHAUMBURG Compend. iur. Digeſt. Lib. II. Tit. 15. §. 7. in fin. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 211. voc. *Tranſigens* pag. 369. und Vol. VI. Obſ. 794. Quiſtorp peinliches Recht 1. Th. §. 103.

69) *L.* 13. §. 5. *D. h. t.*

70) *L.* 4. *§. ult. D. h. t.*

71) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.*

72) Iſt gegen das richterliche Erkenntniß ein Rechtsmittel eingewendet worden, ſo wird die Wirkung der Infamie erſt von

der

übrigens der Richter nur Diener der Geſetze iſt, ſo darf er über Ehre und Schande ſeiner Untergebenen durch ſeine Ausſprüche nur in ſo weit entſcheiden, als die Geſetze ihm hierin Gewalt eingeräumt haben. Er iſt daher 1) nicht befugt, dem Angeſchuldigten die Ehre in ſeinem Urtheile vorzubehalten, wenn das Geſetz in dem vorliegenden Falle die Ehrloſigkeit ausdrücklich verordnet hat [73]), oder dieſelbe eine nothwendige Folge der Strafe iſt [74]). Man behauptet zwar in der Praxis, wie ſchon oben (§. 377. S. 158.) bemerkt worden, daß der Richter die von dem Verbrecher verdiente Ehrloſigkeit dadurch nachlaſſen könne, daß er ſtatt der geſetzlichen Strafe, auf eine härtere Leibesſtrafe erkennt. Allein daß dieſe Meinung eigentlich den Geſetzen nicht gemäß ſey, habe ich ſchon am angeführten Orte (S. 156.) gezeigt. Wenn es hingegen 2) gegen die Abſicht des Geſetzgebers ſeyn würde, daß jemand für ehrlos gehalten werden ſoll, die auferlegte Strafe auch an ſich dieſe Eigenſchaft nicht hat, gleichwohl aber zu befürchten iſt, daß das Publicum das Urtheil zu ſtreng auslegen, und Ehrloſigkeit da annehmen möchte, wo ſie nicht eintreten ſoll; dann iſt es Pflicht des Richters, dem Beſtraf-

der Zeit an gerechnet, da das Erkenntniß der erſtern Inſtanz von dem obern Richter beſtätiget worden iſt. *L. 6. §. 1. D. h. t.* VOET h. t. §. 6.

73) MARCIANUS *L. 1. §. 6. D. ad SCtum Turpill.* ſagt ſchon: Facti quidem quaeſtio in arbitrio eſt iudicantis: *poenae vero perſecutio non eius voluntati mandatur*, ſed legis auctoritati reſervatur. Man ſehe hier STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 14.

74) *L. 63. D. de furt. Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. nr. 15. und beſonders Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 90.

ſtraften im Urtheile die Ehre vorzubehalten, deren Kränkung ſonſt leicht zu beſorgen wäre [75]).

§. 382.

Unterſchied zwiſchen der infamia iuris und infamia facti 1) in Anſehung ihrer Dauer.

Der Unterſchied zwiſchen den bisher erklärten beyden Hauptgattungen der Infamie, nämlich der infamiae iuris und facti, äuſſert ſich nun in mehr als einer Rückſicht.

1) Wenn die Frage entſteht, wenn und wodurch die Ehrloſigkeit aufhört?

a) Die infamia iuris kann nämlich der Regel nach anders nicht, als dadurch aufgehoben werden, wenn der Ehrloſe ſeine bürgerliche Ehre von dem wieder erhält, welchem das Begnadigungsrecht zuſteht [76]). Dieſe Wiederherſtellung der verlohrnen Ehre iſt ein Vorrecht des Regenten, welches in Anſehung der Reichsunmittelbaren in Teutſchland nur dem Kaiſer, in Anſehung der mittelbaren Reichsunterthanen hingegen einem jeden Landesherrn in ſeinem Lande mit voller Wirkung zuſteht [77]); die

75) Kleinſchrod a. a. O. S. 159.

76) Kleinſchrod a. a. O. §. 90. S. 158. Rundens Grundſätze des teutſchen Privatrechts §. 304.

77) *Mich. Henr.* GRIEBNER Diſſ. de iure principum imperii, reſtituendi famam; (in *Opuſcul.* iur. publ. Tom. I. pag. 76.) Hrn. Hofr. Schnauberts Abhandl. in wiefern das Recht, einen Mittelbaren wieder ehrlich zu machen, ein kaiſerliches Reſervatrecht, oder eine Landeshoheitsgerechtſame ſey? in Deſſelben Beyträgen zum Staats- und Kirchenrecht 1. Th. Nr. IX. S. 90. ff.

die Infamie mag ſich in gemeinen oder beſondern Rechten gründen [78]). Der Regent reſtituirt jedoch die Ehre nicht immer ausdrücklich, mittelſt eines deßfalls ertheilten Reſcripts; ſondern er kann ſolches auch ſtillſchweigend dadurch bewirken, daß er den Ehrloſen wieder in ſein Amt einſetzt, oder ihm ſonſt eine Würde ertheilt [79]). Zuweilen kann auch die verlohrne bürgerliche Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden, wenn nämlich die Strafe der Ehrloſigkeit ausdrücklich nur auf eine gewiſſe Zeit in dem richterlichen Urtheile war auferlegt worden [80]). Iſt dieſes nicht ausdrücklich geſchehen, ſo erlöſchen eigentlich die Wirkungen der Infamie deßwegen noch nicht, wenn die Strafe aufhört, die ſie wirkte, ſondern es wird auch in dieſem Falle eine reſtitutio famae erfordert. Es iſt dieſes nicht etwa bloß den Grundſätzen des römiſchen Rechts [81]) gemäß, nach welchen, wie oben (§. 377.) bemerkt worden iſt, die Infamie nicht aus der Strafe, ſondern aus dem Verbrechen entſpringt, deſſen Exiſtens freylich nie vertilgt werden kann; ſondern es läßt ſich dieſes auch nach teutſchen Grundſätzen behaupten, und muß daher auch noch heutiges Tages ſtatt finden [82]). Denn nach teutſchen Sit-

78) Danz Handbuch des teutſchen Privatrechts 3. Th. §. 304.

79) VOET ad Pandect. h. t. §. 7. a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. LII. Coroll. 1. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 326.

80) *L. 3. § 1. D. de decurion. L. 8. D. de poſtul. L. 3. C. Ex quib. cauſ. infam. irrogat.* LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t §. 23.

81) *L. 6. Cod. h. t.*

82) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 7.

ten wird derjenige für ehrlos gehalten, der einmal unter des Henkers Händen geweſen iſt. Auch dieſes kann nicht ungeſchehen gemacht werden; alſo dauert der Grund und die Veranlaſſung der Ehrloſigkeit fort, bis der Regent ſie aufhebt [83]).

b) Die infamia facti hingegen kann auch, ohne landesherrliche Reſtitution, von ſelbſt durch Lebensbeſſerung erlöſchen [84]); obwohl in ſolchen Fällen, da die infamia facti zugleich durch ein richterliches Urtheil bewirkt wurde [85]), um dieſe Wirkung völlig aufzuheben, die Wiederherſtellung der Ehre ebenfalls bey dem Landesherrn zu ſuchen iſt [86]).

§. 383.

2) Unterſchied zwiſchen der infamiae iuris und facti in Anſehung ihrer rechtlichen Wirkungen.

Obgleich die Wirkung der Ehrloſigkeit überhaupt in dem Verluſte aller derjenigen Rechte und Vortheile beſteht,

83) *Io. Tob.* RICHTER ſelectior. iuris Princip. ad ord. Digeſtor. expoſit. Diſput. VI. §. 14. und Kleinſchrod a. a. O. §. 90. S. 158.

84) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. X. §. 26. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 329. Man will behaupten, daß dieſe Beſſerung ſchon ſeit wenigſtens drey Jahren gedauert haben müſſe. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. circ. fin.

85) *L. 2. D. de Obſeq. parent. et patron. praeſt. L. 1. §. 43. D. de vi et vi armata.* SCHLITTE ad *Ludovici* uſum pract. Diſtinction. iurid. h. t. Not. A. pag. 94.

86) HOFACKER c. l.

ſteht, welche in der bürgerlichen Geſellſchaft mit dem guten Namen verbunden ſind, ſo iſt jedoch,

II) wenn die rechtlichen Wirkungen der Infamie näher beſtimmt werden ſollen, wieder ein nicht geringer Unterſchied zwiſchen der infamia iuris und facti zu bemerken. Soviel alſo

a) die Wirkungen der infamiae iuris anbetrift, ſo beſtehen ſie darin.

1) Der Ehrloſe verliert alle Würden und Aemter, die er bisher im Staate verwaltete, und wird auch zu künftigen Ehrenſtellen unfähig [87]).

2) Der Handwerker, welcher ſich eine infamiam iuris zugezogen hat, kann aus der Zunft und Innung geſtoſſen werden [88]), und der Kaufmann, der wegen eines muthwilligen Banquerouts ehrlos geworden, darf nicht mehr auf die Börſe kommen [89]).

3) Ein ſolcher Ehrloſer iſt auch, wenigſtens nach dem canoniſchen Rechte [90]), ganz unfähig, ein gültiges Zeugnis abzulegen. Das römiſche Recht ſchließt Ehrloſe nicht ſchlechterdings aus, ſondern überläßt es dem Ermeſſen des Richters, welchen Glauben er ihrem Zeugniß

87) L. 2. *et* 12. *Cod. de dignitat.* L. 8. *Cod. de decurion.*

88) Kleinſchrod 3. Th. §. 90. S. 157.

89) Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 306.

90) *Cap.* 7. *c.* 13. *c.* 54. *et* 56. X. *de teſtib. Cap.* 1. X. *de Except.* *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 786.

niß beylegen will [91]). Allein die Praxis richtet ſich hier nach den Grundſätzen des canoniſchen Rechts [92]); welche auch in vielen Statuten ausdrücklich beſtätiget worden ſind [93]). Dieſen Wirkungen fügen einige neuere Rechtsgelehrte auch noch

4) den Verluſt eines ehrlichen Begräbniſſes, und der Befugnis, ein Teſtament zu machen, bey [94]). Allein dieſe Folgen ſollen nach dem canoniſchen Rechte [95]) nur eigentlich bey denjenigen ſtatt finden, die einer offenbaren Zinswucherey wegen ehrlos geworden ſind. Sie können alſo nicht als allgemeine Wirkungen der Ehrloſigkeit angeſehen werden [96]), und finden überdem h. z. T. nicht einmal

91) L. 3. *pr. et* §. 5. *D. de teſtib.* L. 13. *D. eod.* *Franc.* DUARENUS Diſputation anniverſar. Lib II. cap. 23. BACHOVIUS ad *Treutlerum.* Vol. II. Diſp. 5. Th. 8. lit. B. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 325. Anderer Meinung iſt jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6.

92) S. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Ius Eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10. STRYK Uſ. Mod. Pandect. Lib. XXII. Tit. 5. §. 2. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Obſervat. ſelect. ad *Carpzovium* Qu. 114. Obſ. 4. und *de* PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 18. Anderer Meinung ſind jedoch Quiſtorp in den Grundſätzen des peinl. Rechts 2. Th. §. 691. Not. y. und KIND Quaeſt. for. cap. 81. p. 318.

93) LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pract. h. t. §. 22. nr. 4.

94) Runde in den angef. Grundſätzen §. 306. und Danz im Handbuch des teutſchen Privatrechts 3. B. §. 306. nr. 4.

95) *Cap. 3. X. de Uſur. Cap. 2. de Uſur. in 6to.*

96) Kleinſchrod a. a. O. §. 90. Not. i.

mal mehr bey dem verbotenen Zinswucher ſtatt [97]. Was hiernächſt

b) die Wirkungen der infamiae facti anbetrift, ſo hindert dieſe zwar an der Erwerbung öffentlicher Aemter und Würden, allein eine Entſetzung findet deßhalb nur alsdann ſtatt, wenn derjenige, welcher ſich dieſen üblen Ruf durch ſeinen ſchlechten Lebenswandel zugezogen hat, entweder wegen des gegebenen öffentlichen Aergerniſſes, oder wegen gänzlicher Vernachläſſigung ſeines Amtes, und fruchtlos gebliebenen Ermahnung, ſich zur fernern Verwaltung ſeines Amtes ganz unfähig gemacht haben ſollte [98]. Eine ſolche Infamie ſchwächt ferner die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, wenn ſie gleich keine gänzliche Untüchtigkeit zum Zeugnißablegen bewirkt. Das Zeugnis eines ſolchen Menſchen wird für verdächtig gehalten [99].

§. 384.

97) Quiſtorps Grundſätze des teutſchen peinl. Rechts 1. Th. §. 449. S. 677. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de ſucceſſionibus §. 104. In Kurſachſen findet jedoch die Strafe des canoniſchen Rechts bey dem verbotenen Zinswucher noch ſtatt. S. WIESAND Opuſcula pag. 120.

98) SCHAUMBURG Compend. iuris Digeſtor. h. t. §. 9. BOEHMER Introduct. in ius Digeſtor. h. t. §. 9. LUDOVICI Uſ. pract. Diſtinction. iuridicar. h. t. Diſt. 1. pag. 96. Andere behaupten jedoch ſchlechthin, daß eine infamia facti eben ſowohl, als die infamia iuris den Verluſt ſchon erworbener Aemter und Würden nach ſich ziehe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 30. VOET h. t. §. 4. CARPZOV Reſponſ. Lib. II. Reſp. 100. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 328.

99) L. 3. *pr. D. de Teſtib.* CARPZOV P. I. Conſt. 16. Definit. 71. nr. 7. *I. H.* BOEHMER c. l. LAUTERBACH h. t. §. 30. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. XXIV. Th. 3. Not. 2. HOFACKER c. l.

§. 384.

Die Infamie giebt der Inofficioſitätsklage Raum.

Darin haben jedoch beyde Arten der Infamie gleiche Wirkung, daß Ehrloſe, ſie ſeyen mit einer infamia iuris oder facti behaftet, zu den ſchändlichen Perſonen gehören, wider welche den Geſchwiſtern die querela inofficioſi teſtamenti oder inofficioſae donationis zuſteht, wenn ihnen ſolche Perſonen im Teſtamente vorgezogen, oder des Verſtorbenen Güter ſonſt an ſie verſchenkt worden ſind [100]). Es muß nur nicht etwa eine reſtitutio famae noch bey Lebzeiten des Erblaſſers erfolgt [1]), oder der übergangene Bruder ſelbſt mit einer Infamie behaftet ſeyn [2]). Denn in beyden Fällen hat die Klage des pflichtwidrigen Teſtaments keine Statt.

§. 385.

Von der *Levis notae macula*, oder der Anrüchtigkeit nach römiſchen und teutſchen Rechten.

Daß es auſſer der eigentlichen Infamie, von welcher bisher gehandelt worden, noch einen andern von den Geſetzen

100) L. 27. C. *de inoff. teſtam.* L. *ult.* C. *de inoff. donat.* LAUTERBACH h. t. §. 22. et 29. HOFACKER T. I. §. 325. et 328. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de querela inofficioſae donationis fratrum. *Chr.* RAU Diſſ. de querela inofficioſae donationis. *Lipſiae* 1775. §. 5. Kleinſchrod a. a. O. §. 90. S. 157.

1) BOEHMER cit. Diſſ. §. 10.

2) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. §. 17. Not. 8. *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1693. Not. l.

Geſetzen anerkannten verächtlichen Zuſtand giebt, den man levis notae maculam oder Anrüchtigkeit nennt [3]) iſt ſchon oben (§. 374. S. 134.) bemerkt worden. Zwar iſt die Benennung levis notae macula, welche in der *L. 27. Cod. de inoff. teſtam.* [4]) von der infamia und turpitudine unterſchieden wird, wohl unſtreitig ein Tribonianismus, wenn man damit die *L. 1. et 3. Cod. Theodoſ. de inoff. teſtam.* vergleicht, aus welchen jene L. 27. geſloſſen iſt. Es läßt ſich aber doch deßwegen noch nicht gleich behaupten, daß die Sache ſelbſt eine bloſe Erdichtung der Rechtsgelehrten ſey, die in den Geſetzen gar keinen Grund habe. Denn Kr. Conſtantin der Groſſe unterſcheidet doch ſelbſt in der angeführten *L. 3. Cod. Theod. de inoff. teſtam.* turpitudinem und levem notam ausdrücklich von einander [5]), und Heineccius [6]) hat

3) *Io. Andr.* FROMMANN Diſſ. de levis notae macula. *Tubingae* 1672. BERGER Diſſ. de eod. arg. Nach dem römiſchen Rechte hat dieſe Materie HEINECCIUS in der von unſerm Verf. angeführten Diſſ. am beſten abgehandelt. Nach teutſchen Rechten hingegen iſt ſie vom *Io. Frid.* PLITT vorzüglich bearbeitet worden, deſſen Diſſertat. de levis notae macula ſecundum ius Germ. nicht zu Rinteln 1785, ſondern *Marburgi Cattor.* 1784. erſchienen iſt.

4) Die Worte dieſer Conſtitution, die hierher gehören, lauten ſo: Conſanguinei autem — contra teſtamentum fratris ſui vel ſororis de inofficioſo querelam movere poſſunt, *ſi ſcripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adſpergantur.*

5) Unde claret, ſagt daſelbſt Conſtantin, actionem inofficioſi fratribus relaxatam, quum *infamiae* adſpergitur vitiis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae *per turpitudinem* aut *aliquam levem notam* capere non poteſt inſtitutus.

hat wohl nicht unrecht, wenn er behauptet, daß Conſtantin hierbey vorzüglich auf die Legem Papiam Poppaeam Rückſicht genommen, und unter denjenigen, welche *propter levem notam* die Erbſchaft nicht behalten konnten, von welcher der Teſtator ſeine Geſchwiſter ausgeſchloſſen hatte, ſolche Perſonen verſtanden habe, mit welchen das gedachte Papiſche Geſetz den Senatoren ſowohl, als deren Kindern die Ehe unterſagt hatte [7]); von denen nun aber diejenigen unterſchieden waren, *quae per turpitudinem capere non poterant hereditatem*, mit welchen nicht einmal ein freygebohrner Plebejer in rechtmäſſiger Ehe leben konnte [8]). Es iſt indeſſen freylich die heutige *levis notae macula* oder Anrüchtigkeit hauptſächlich aus teutſchen Geſetzen zu beurtheilen. Sie kann nun aus einer dreyfachen Quelle entſpringen;

1) aus einem Schandfleck der Geburt oder Abſtammung. Daher waren

a) nach römiſchen Rechten die Kinder ſolcher Eltern anrüchtig, welche mit einer Infamie behaftet waren; z. B. die Kinder der Hiſtrionen und Pantomimen.

6) Diſſ. de levis notae macula §. 16. et §. 20. ſeqq. Es hatte zwar *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de querela inofficioſi fratrum conſanguineorum. *Halae* 1721. rec. 1739. §. 16. gegen die Meinung des Heineccius verſchiedenes erinnert, allein Heineccius hat die Böhmerſchen Einwürfe gründlich beantwortet in Praefat. *Opuſculor. varior. Syllogi* praemiſſa. (*Halae* 1735.) pag. 14. ſeqq.

7) Dieſe werden in der *L. 44. D. de ritu nupt.* angeführt.

8) Man ſehe von dieſen die *L. 43. D. eod.* und überhaupt *de* SELCHOW Select. cap. doctrinae de infamia §. 5.

men [9]). Mit dieſen durfte kein Senator, noch ſonſt Jemand, der aus ſenatoriſchem Geblüte abſtammte, eine Ehe ſchlieſſen [10]). Man durfte ſie auch nicht ſeinen Geſchwiſtern im Teſtamente vorziehen [11]). Eben ſo anrüchtig waren ferner ihrer Abſtammung wegen, wenigſtens vor Juſtinians Zeiten,

b) die Freygelaſſenen. Bey dieſen konnte jedoch die macula priſtinae ſervitutis, wie Modeſtin [12]) ſagt, durch eine reſtitutionem natalium ausgetilgt werden. Hierher gehörten

c) nach teutſchen Rechten ehemals auch die Kinder der ſogenannten Waſenmeiſter und Abdeker [13]). Deren Anrüchtigkeit iſt jedoch durch den jüngern Reichsſchluß von 1772. die Abſchaffung der Handwerksmißbräuche betreffend, Art. 5. aufgehoben, und verordnet worden, daß ſolche Kinder, wenn ſie die verwerfliche Arbeit ihrer Väter noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von den Handwerkern und andern ehrlichen Geſellſchaften und Gemeinheiten nicht ausgeſchloſſen, ſondern die Söhne von den Handwerksmeiſtern, ohne daß es einer dießfallſigen Legitimation bedürfe, gleich anderer red-

9) *L. 44. pr. D. de rit. nupt.* HEINECCIUS cit. Diſſ. §. 24.

10) ULPIANUS *Fragm. Tit. XIII. §. 1. et 2.* HEINECCIUS in Comment. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. §. 2. ſeqq.

11) *L. 27. Cod. de teſt. inoffic.*

12) *L. 5. D. de natal. reſtit.* HEINECCIUS cit. Diſſ. §. 25.

13) Reichsſchluß von 1731. die Abſtellung der Handwerksmißbräuche betreffend Art. 4. in der Neuen Sammlung der Reichsabſchiede Th. IV. S. 379.

redlicher Leute Kindern, unbedenklich in die Lehre genommen, und für Handwerks, auch der Meiſterſchaft fähig angeſehen werden ſollen [14]). Endlich gehören noch

d) zu dieſer erſtern Claſſe der Anrüchtigen diejenigen, welche unehelicher Geburt ſind. Ob die Spurii nach Römiſchen Rechten an einer Makel laborirt haben, iſt zwar unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige angeſehene Rechtsgelehrten [15]) wollen dieſes behaupten; allein Püttmann [16]) hat ſchon dieſe Meinung hinlänglich widerlegt [17]). Nach teutſchen Rechten iſt es wohl auſſer allem Zweifel, daß unehelich Gebohrne mit einer Anrüchtigkeit behaftet ſind, wie ich ſchon an einem andern Orte [18]) gezeigt habe. Es läßt ſich auch nicht be-

14) Scheidemantels Repertorium des Staats- und Lehnrechts Th. II. S. 409, f. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. Danz Handbuch 3. B. §. 309. S. 93.

15) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 3. Cod. Theodoſ. de inoffic. teſtam. Tom. I. pag. 203. ſeq. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digeſt. h. t. §. 14. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diſſ. II. de portione legitima Cap. IV. §. 5. und *Aeg* GRAFLAND in Diſſ. ad L. 27. Cod. de inoff. teſt. (*Lugd. Batav.* 1751.) Cap. II. §. 6.

16) in Diſſ. de querela inoſſicioſi teſtamenti fratribus atque ſororibus contra ſpurios haud competente. *Lipſiae* 1772. Man ſehe auch VOET in Comment. ad tit. Dig. de inoff. teſt. §. 10. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuſcula pag. 266. ſeqq.

17) *L.* 3. §. 2. *L.* 6. *D. de Decurion. Can.* 4. *et* 5. *Diſt. LVI.* Nur bey Bewerbung um Ehrenſtellen mußten Spurii nachſtehen, wenn ein anderer ſich um das nämliche Amt bewarb, der mit gleichen Fähigkeiten, zugleich eine eheliche Geburt verband. *L.* 3. §. 2. *D. cit.*

18) 2. Th. §. 116. S. 86.

behaupten, daß dieſe Anrüchtigkeit unehelicher Kinder durch die Reichsſchlüſſe von 1731. und 1772. ſey aufgehoben worden; ſie wird vielmehr in dem erſtern [19]) nicht undeutlich dadurch beſtätiget, daß nach demſelben blos zwiſchen ehelich und unehelich erzeugten, aber legitimirten Kindern, kein Unterſchied in Abſicht auf die Zulaſſung zu Handwerkern gemacht werden ſoll [20]). Daher werden Unehelichgebohrne noch bis auf den heutigen Tag, ohne vorhergehende Legitimation, in Zünfte und Innungen nicht aufgenommen. Ja ſelbſt noch nach der Legitimation ſind ſie von manchen Ehrenſtellen, z. B. von der eines Reichscammergerichtsbeyſitzers und Reichshofraths, ausgeſchloſſen [21]). Eben dieſes gilt in mehreren Ländern auch vom Richteramte, ja ſogar von dem Bürgerrechte in manchen Städten [22]). Auch das canoniſche Recht erklärt die Unehelichen für irregulär, und ſchließt ſie von geiſtlichen Orden aus [23]). Auſſer der Ehe gebohrne ſind endlich auch vermöge der longobardiſchen und teutſchen Lehnsgeſetze zur Lehnfolge unfähig, wenn ſie gleich legitimirt worden ſind [24]). Dahingegen

O 2 kann

19) Reichsſchluß von 1731. §. 11.

20) Gerſtlachers Handbuch der teutſchen Reichsgeſetze Th. X. S. 2030. u. 2067. *de* SELCHOW Diſſ. ſelect. capita doctr. de infamia cont. §. 13. PLITT cit. Diſſ. §. 20. et 21. Danz Handbuch 3. Th. §. 308.

21) Reichscammer G. Ordn. Th. I. Tit. 3. §. 2. Reichshofr. Ordn. Tit. I. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331.

22) *de* SELCHOW cit. Diſſ. §. 13. PLITT cit. Diſſ. §. 20. in fin.

23) *Cap. 13. X. qui filii ſint legitimi. Cap. 14. et 18. X. de filiis presbyt.*

24) Man ſehe, was hiervon ſchon im 2. Theile §. 146. Nr. 1. vorgekommen iſt.

kann das Zeugniß ſolcher Perſonen weder verworfen, noch für ſuſpect gehalten werden[25]; es findet auch gegen ein brüderliches Teſtament wegen der Erbeinſetzung eines Spurii die querela inofficioſi teſtamenti nicht ſtatt[26]. Uebrigens erſtreckt ſich dieſe Makel der unehelich Gebohrnen keinesweges auf die von ihnen ehelich erzeugten Kinder[27]; ſo wie denn überhaupt nach heutigen Rechten auch ſelbſt die Kinder ſolcher Eltern, die ſich eine wirkliche Infamie zugezogen haben, nicht mehr für anrüchtig gehalten werden[28].

2) Eine andere Quelle der Anrüchtigkeit iſt verwerfliche Handthierung. Aus dieſem Grunde war bey den Römern der Carnifex mit einer levis notae macula behaftet[29]. Man brauchte ihn hauptſächlich zur

25) HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 211. ſ. v. *Levis notae macula.* pag. 357. WIESAND de conditione ſpuriorum recte aeſtimanda, in *Opuſcul.* pag. 270. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. Not. o. pag. 297.

26) *Gottl.* STURM Diſſ. de ſpurio, herede inſtituto, querelam inofficioſi teſtamenti fratri excluſo non procreante. *Vitemb.* 1733. HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. V. Obſ. 615. WIESAND c. l. pag. 269. und beſonders PÜTTMANN in der oben angef. Diſſert. Anderer Meinung iſt jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. Tit. de inoff. teſtam. Qu. XII. Not. I.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. CARPZOV Lib. II. Deciſ. 111.

28) *L. 26. D. de poen. L. 22. Cod. eod.* STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. WIESAND c. l. pag. 273.

29) CICERO *pro Rabirio* Cap. 5.

zur Folter, und Hinrichtung der Sklaven [30]). Denn bey freyen Perſonen ließ man die Todesurtheile durch Lictoren oder Soldaten vollſtrecken [31]). Der Carnifex konnte daher auch nicht Bürger ſeyn, und war von den Comitiis, und andern öffentlichen Verſamlungen und Geſellſchaften der römiſchen Bürger ausgeſchloſſen, mußte auſſer der Stadt wohnen, und ſich durch das Tragen eines Glöckgens von andern ehrlichen Leuten unterſcheiden [32]). Allein heutiges Tages unterſcheidet man zwiſchen dem Nachrichter oder Scharfrichter, und dem Schinder, Kaviller, Abdeker oder Henker [33]). Letzterer vollziehet nicht nur die ſchimpflichen Leibes, und Lebensſtrafen mit eigner Hand, ſondern iſt auch zu andern ſchmutzigen Verrichtungen beſtimmt, deren ſelbſt der gemeine Pöbel ſich ſchämt, z. B. zur Abdeckung des verreckten Viehes, und Einſcharrung deſſelben; ferner zum Todſchlagen der tollen Hunde, u. d. Nur dieſer iſt daher allein nach dem Reichsſchluß von 1731. §. 4. anrüchtig, und von Handwerkern und andern ehrlichen Geſellſchaften ausgeſchloſſen. Dahingegen iſt der Scharfrichter dem Schinder nicht ſchlechthin gleichzurechnen. Denn dieſer nimmt, als ſolcher, an den ſchmutzigen Abdeckerverrichtungen keinen Antheil, ſondern deſſelben eigentliche Beſtimmung beſteht der Regel nach darin, daß er die Strafe des Enthauptens vollzieht,

30) SIGONIUS de iure civit. Rom. Lib. I. cap. 15.

31) *Pet.* FABER Semeſtr. Lib. II. cap. 9.

32) HEINECCIUS in Diſſ. de levis notae macula §. 33. und BOEHMER D. de executionis poenarum capitalium honeſtate §. 16. ſeqq.

33) Danz im Handbuch 3. B. §. 309.

zieht, bey der Tortur, dem Hängen, und andern Leibes- und Lebensſtrafen aber nur die Aufſicht hat, und überhaupt an Miſſethäter nie ſelbſt Hand legt. Das Amt eines Scharfrichters iſt daher an ſich mit keiner Makel behaftet, vielmehr durch den oben angeführten Reichsſchluß von 1731. dadurch von aller Anrüchtigkeit freygeſprochen worden, daß daſelbſt ganz ausdrücklich nur blos der Schinder allein gedacht worden iſt [34]). Nach dem Gerichtsgebrauche wird daher einem Scharfrichter nicht verwehrt, in der Stadt zu wohnen, ſich ein eignes Haus anzuſchaffen, und ſogar das Bürgerrecht zu erlangen [35]). Ein anders wäre freylich, wenn der Scharfrichter zugleich die Cavillerey hätte, und ſolche auch in eigner Perſon triebe [36]). Denn in Anſehung ſolcher Nachrichter, die zugleich das Amt der Schinder verſehen, wäre wohl die Anwendung des oben angeführten Reichsſchluſſes, nach welchem die Schinder für unehrlich erklärt werden, keinem Zweifel unterworfen. Nur unter dieſer Einſchränkung lieſe ſich alſo die Meinung des ſeel. Hofr. Meiſters [37]), welcher die Scharfrichter für anrüchtig halten will, rechtfertigen.

Zu

34) *Abr.* KAESTNER Diſſ. de carniſice fama non laborante. *Lipſiae* 1745. *de* SELCHOW Select. cap. doctrinae de infamia. §. 11. und beſonders PLITT cit. Diſſ. §. 10—20.

35) von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien IV. St. Nr. V. S. 90. oder Nr. L. der neuen Auflage (Roſt. und Leipzig 1787.) WERNHER Obſervat. for. T. III. P. II. Obſ. 419. und HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 151.

36) Quiſtorps Grundſätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 553.

37) Vollſtändige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrſamkeit in Teutſchland Th. I. Abſchn. 1. Kap. 6. §. 11.

Zu dieſer zweyten Claſſe der Anrüchtigen werden auch diejenigen gezählet, die bey ihrer an ſich verächtlichen Lebensart keinen fixirten Wohnſitz haben; als herumirrende Zigeuner, Bärenführer, Marktſchreier, Gauckler, Seiltänzer, Marionettenſpieler u. d. [38]), obwohl einige neuere Rechtsgelehrte dennoch dergleichen Geſindel von aller Anrüchtigkeit freyſprechen wollen [39]). Soviel iſt wohl auſſer Zweifel, das ſie nicht ad honeſtae et inculpatae vitae homines gehören; und da hierauf bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen hauptſächlich zu ſehen iſt [40]), ſo kann man wohl dem Zeugniß ſolcher Perſonen keine vollkommene Beweißkraft beylegen [41]). Es ſcheint mir auch gar nicht unbillig zu ſeyn, die Klage des pflichtwidrigen Teſtaments in einem ſolchen Falle zu geſtatten, da Jemand ſolche Perſonen ſeinen Geſchwiſtern vorgezogen hat, denn die Beleidigung für die übergangenen Geſchwiſter iſt wohl immer die nämliche, als wenn der Teſtirer ihnen den Schinder vorgezogen hätte, in welchem Falle man doch die querelam inoffi-

38) Reichs-Policey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 28—31. In dem Reichsſchl. von 1731. §. 4. iſt hierin nichts abgeändert, denn da iſt blos von Profeſſionen und Handthierungen die Rede, die von Landeseinwohnern getrieben werden, von dieſen ſollen keine andern, denn die Schinder allein, anrüchtig ſeyn. S. Rundens Grdſ. des teutſchen Privatrechts §. 310.

39) PLITT cit. Diſſ. §. 22. und Danz Handbuch 3. B. §. 310.

40) *L. 3. pr. D. de teſtibus.*

41) S. *Tr.* THOMASIUS in Diſſ. de probatione per teſtes levis notae macula laborantes. Lipſiae 1726. Runde a. a. O. §. 311.

officioſi teſtamenti zuzulaſſen pflegt[42]). Ob die Anrüchtigkeit bey den Schindern die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugniſſe mindere, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Leyſer[43]) will ſie nicht als vollgültige Zeugen gelten laſſen. Andere hingegen widerſprechen dieſer Meinung aus dem Grunde, weil nach den Geſetzen kein Amt an ſich, ſondern die ſchlechte Aufführung den Zeugen verdächtig macht[44]). Soviel iſt wohl auſſer Zweifel, daß das Zeugniß der Abdecker in Sachen, die in ihr Amt einſchlagen, z. B. wenn es auf Beſichtigung eines kranken oder gefallenen Stück Viehes ankommt, vollen Glauben verdient[45]).

Endlich können auch die Wirkungen der Anrüchtigkeit 3) aus einem articulirten Verhör oder der erhobenen Specialinquiſition erwachſen, denn dieſe iſt bekanntermaſſen mit der Folge verbunden, daß der Inquiſit während der Unterſuchung von öffentlichen Aemtern ſuſpendirt, und von den Zuſammenkünften der Zünfte, und von andern ehrbaren Geſellſchaften ausgeſchloſſen, auch nicht zu neuen Ehrenſtellen gelaſſen wird, ſo lange er

42) de COCCEJI in iure civ. contr. Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. LAUTERBACH in colleg. Pandect. h. t. §. 34. Danz Handbuch 3. B. §. 311. nr. 3. S. 99. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 330.

43) Medit. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. meditat. 8.

44) MÜLLER in Obſervat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Faſc. II. Obſ 175. PLITT cit. Diſſ. §. 28. Danz a. a. O. nr. 4. Man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. X. Not. o. in fin. und *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius Digeſt. h. t. §. 11.

45) FROMMANN cit. Diſſ. de levis notae macula §. 55.

er nicht ſeine Unſchuld dargethan, oder eine Abolition der Unterſuchung ein Ende gemacht hat [46]). Ehe dieſes geſchehen iſt, bringt auch das Zeugniß eines ſolchen Inquiſiten keinen genugſamen Beweis hervor [47]), und der Lehnsherr kann ihm die Belehnung verweigern [48]).

Uebrigens darf man nie auſſer Acht laſſen, daß die Anrüchtigkeit keine wahre Infamie iſt. Sie zieht alſo nicht, wie dieſe, den Verluſt der ganzen Summe derjenigen Rechte nach ſich, welche von der bürgerlichen Ehre abhangen, ſondern es ſind ihr nur diejenigen nachtheiligen Wirkungen beyzulegen, welche die Geſetze ausdrücklich beſtimmt haben [49]).

46) *L. un. C. de reis poſtul.* von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 674.

47) *Cap.* 56. *X. de teſtib. Cap.* 10. *X. de purgat. canon.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLX. medit. 18. p. 462.

48) Sächſ. Lehnrecht. Kap. 4. Schwäbiſch. Lehnrecht Kap. 1. §. 4. *Vet. auct. de beneficiis* Cap. I. §. 4.

49) PLITT §. 24. Danz §. 311.

Lib. III. Tit. III.

De Procuratoribus et Defenſoribus.

§. 386. u. 387.

Begriff und verſchiedene Eintheilungen der Procuratoren. Findet eine ſtillſchweigende Bevollmächtigung auch in gerichtlichen Sachen ſtatt?

Procurator, ein Anwald, Bevollmächtigter, oder Gewalthaber, iſt überhaupt derjenige, welcher fremde Geſchäfte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäß, verwaltet [50]). Man unterſcheide ihn von einem *Defenſore*, und *Negotiorum geſtore*. Beyde beſorgen fremde Geſchäfte ohne Auftrag, jener gerichtliche, dieſer auſſergerichtliche. Von den negotiorum geſtoribus ein mehreres ad Tit. 5. In Anſehung der *Defenſorum* bemerke ich nur noch, daß in der eigentlichen Bedeutung dieſes Worts nur diejenigen ſo genennt

50) *L. 1. pr. D. h. t.* Procurator eſt, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat. Die Geſetze dieſes Titels der Pandecten ſowohl, als auch des 13. Titels im 2. Buche des Codex *de Procuratoribus* erläutert ſehr gut *Hub.* GIPHANIUS in Lecturis Altorfin. (*Francof.* 1605. 4.) pag. 1. ſeqq. Auſſerdem ſind noch zu bemerken: *Chriſt. God.* HOFFMANN Diſſ. de origine et conditione procuratorum iure Rom. et canonico, nec non eorum progreſſu in forum germanicum. *Halae* 1716. *Frid. Ulr.* PESTEL Diſſ. illuſtrans varias controverſias circa materiam de procuratoribus. *Rintelii* 1743. *Rud. Chriſt.* HENNE Diſſ. ſiſt. ſelecta quaedam de procuratoribus capita. *Erfordiae* 1768. und Lud. Ferd. Dapp Verſuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß. Frankfurt am Mayn 1789. 8.

nennt werden, welche den Beklagten vor Gericht vertreten, ohne dazu eine Vollmacht von demſelben erhalten zu haben [51]). Dieſe werden der Billigkeit wegen, auch ohne Vollmacht, zugelaſſen, quia publice utile eſt, wie Ulpian [52]) ſagt, abſentes a quibuscunque defendi. Nur müſſen ſie Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntniſſes machen, wenn ſolches wider ihren Principal ausfallen ſollte. Nemo enim alienae litis idoneus defenſor ſine ſatisdatione intelligitur [53]); und von dieſer Sicherheitsbeſtellung befreyet weder Reichthum, noch Würde [54]). Eine beſondere Caution wegen der Genehmigung des Principals iſt nicht nöthig, auſſer wenn die angeſtellte Klage eine actio in rem iſt [55]). Denn geſetzt, der Defenſor hätte auch die Sache, dem judicato gemäß, dem Kläger reſtituirt, ſo könnte ja der Principal, den das rechtskräftige Erkenntniß nicht verbindet, die Sache aufs neue vindiciren, und der vorige Kläger hätte ohne eine cautio rati keinen Regreß. Bey Perſonalklagen hingegen kommt es auf dieſe beſondere Genehmigung des abweſenden Beklagten nicht an [56]). Denn hier

51) *L.* 51. *§.* 1. *D. h. t.* *L.* 76. *D. eod.* *L. un. in fin. C. de Satisdando.* GIPHANIUS ad h. Tit. pag. 9. und WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 42.

52) *L.* 33. §. 2. *D. h. t.*

53) *L.* 46. *§.* 2. *D. h. t.*

54) *L.* 51. §. 2. *L.* 52. *L.* 53. *D. h. t.*

55) *L.* 40. *§.* 2. *D. h. t. de* COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 17.

56) Es giebt jedoch hiervon Ausnahmen. Man ſehe *L.* 39. §. *ult. D. h. t.* und *L.* 6. *D. rem rat. dom. habit.* welche IOS. FINESTRES in Hermogeniano pag. 340. ſeqq. erläutert.

hier hält ſich der Kläger ſchlechterdings an ſeine Caution, und kann den Defenſor oder ſeinen Bürgen belangen. Es findet auch hier keine Zurückforderung ſtatt [57]).

Die Procuratoren ſind nun von mancherley Art.

I) In Anſehung des Eigenthümers, deſſen Geſchäfte ſie verwalten, ſind ſie entweder *Syndici*, oder Procuratoren im eigentlichen Verſtande, je nachdem ſie von einer Perſonen-Gemeinheit, oder von einzelnen Perſonen beſtellet worden ſind. Von den erſtern Tit. IV. hier von den letztern.

II) In Rückſicht der Geſchäfte, welche ſie beſorgen, ſind ſie entweder gerichtliche oder auſſergerichtliche, je nachdem ſie entweder zur Betreibung gerichtlicher oder auſſergerichtlicher Geſchäfte beſtellt ſind. Erſtere werden Sachwalter oder Procuratoren in der ſtrengſten Bedeutung genennt. Von dieſen iſt beſonders in dieſem Titel die Rede, von den auſſergerichtlichen hingegen Tit. mandati. Von dem Unterſchiede zwiſchen gerichtlichen und auſſergerichtlichen Procuratoren werde ich ad §. 390. handeln.

III) Sieht man darauf, zu weſſen Nutzen der Procurator das ihm aufgetragene Geſchäft beſorgt, ſo iſt er entweder ein *Procurator in rem ſuam*, oder ein *Procurator in rem alienam*, je nachdem er das übernommene Geſchäft entweder zu ſeinem eigenen Vortheil, oder zum Nutzen des Eigenthümers, der ihm ſolches aufgetragen hat, beſorgt. Davon ein mehreres ad §. 396.

IV)

57) *L.* 45. §. *f. h. t.* GIPHANIUS cit. loc. pag. 44. NOODT in Comment. ad Digeſta h. t. pag. 89. ſeq. a verb. *Vult igitur Praetor*. SCHULTING ad πρῶτα Dig. h. t. §. 17. und LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 71.

IV) Nach dem Umfang ihrer Gewalt, ſind die Procuratoren ferner entweder General- oder Special-Bevollmächtigte, je nachdem ihre Vollmacht entweder auf alle Geſchäfte und Rechtsangelegenheiten ihres Machtgebers ſich erſtreckt, oder blos auf ein einzelnes Geſchäft gerichtet iſt [58]). Endlich

V) in Abſicht auf den Beſtellungsgrund ſind ſie entweder wahre oder vermuthete Sachwalter, je nachdem ſie entweder vermöge eines wirklich erhaltenen, oder vermöge eines vermutheten Auftrags handeln. Die wahren Sachwalter werden mittelſt des Bevollmächtigungscontracts beſtellt, worunter man denjenigen Conſenſualcontract verſteht, wodurch ſich jemand verpflichtet, ein nicht unerlaubtes Geſchäft des andern, in deſſelben Namen, nach der ihm gegebenen Vorſchrift, ohne Lohn zu verrichten. Da dieſer Contract, eben ſo, wie ein jeder anderer Vertrag, ſowohl ausdrücklich, als auch ſtillſchweigend geſchloſſen werden kann [59]); ſo entſteht hier die Frage, ob auch eine

58) *L. 1. §. 1. D. h. t. L. 12. D. de pact. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 12. D. de ſolut. L. 3. §. 2. D. iudic. ſolvi. Ger.* NOODT de pactis et transactionib. cap. 27.

59) *L. 6. §. 2. L. 18. D. mandati. L. 60. D. de reg. iuris. L. 6. Cod. mandati.* Zwar iſt in dieſen Geſetzen nur von dem Falle die Rede, wenn ich wiſſentlich geſchehen laſſe, daß Jemand für mich Bürgſchaft leiſtet; hier ſoll mein Stillſchweigen ſo ausgelegt werden, als wenn ich dem Andern zur Uebernehmung der Bürgſchaft den Auftrag ertheilet hätte. Allein man wendet dieſe Vorſchrift mit Recht auch auf andere Geſchäfte an, die Jemand mit Vorwiſſen und ohne Widerſpruch des Principals unternimmt. S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris

eine ſtillſchweigende Abſchließung des Bevollmächtigungs-Contracts in gerichtlichen Sachen ſtatt finde? Es ſind hier eigentlich zwey Fragen zu unterſcheiden.

a) Kann von Seiten der ſtreitenden Parthey ein Auftrag in gerichtlichen Sachen ſtillſchweigend ertheilt werden? Verſchiedene practiſche Rechtsgelehrte [60]) wollen dieſes gänzlich läugnen, weil nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche ein Sachwalter in gerichtlichen Geſchäften eine ſchriftliche Vollmacht zu den Acten übergeben müſſe. Allein andere [61]) haben mit Recht dieſe Meinung verworffen, und dagegen mit mehrerem Grunde behauptet, daß die ſchriftliche Vollmacht bey dem Auftragscontracte, welcher zu ſeiner Vollkommenheit nichts, als die beyderſeitige Einwilligung des Gewaltgebers und Sachwalters erfordert, nicht weſentlich erfordert, ſondern nur, als Beweismittel, in Ermangelung anderer, gebraucht werde. Denn wenn gleich nach der beſondern Gerichtsordnung mehrerer Länder ausdrück-

iuris ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 2011. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 920.

60) *Io.* BRUNNEMANN in Comment. ad L. 8. D. h. t. nr. 5. STRYK Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 28. *Mich Godofr* WERNHER lectiſſ. Commentat. ad Pandect. Lib. XVII. Tit. 1. §. 2. u. a.

61) LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIII. medit. 11. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. gen. II. §. 22. Not. *) Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 236—239. Danz Grundſätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Proceſſes §. 130. und beſonders *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS Progr. de mandato tacito, eiusque praeſertim tacita ſuſceptione. (*Erlangae* 1796. 4.) §. 4.

drücklich vorgeſchrieben iſt, daß ein gerichtlicher Sachwalter ſich mittelſt einer ſchriftlichen Vollmacht zum Proceß legitimiren ſolle, ſo gehört doch dieſes offenbar mehr zur Form, als zur Subſtanz der Bevollmächtigung, und es kann zwar allerdings deren gehörige Beobachtung der Parthey ſowohl als ihrem Sachwalter vom Richter auferlegt werden, aber doch nicht gleich aus der unterlaſſenen Beobachtung derſelben eine Nichtigkeit des Geſchäfts ſelbſt entſtehen, welches von dem Procurator vermöge des ſtillſchweigenden Auftrags vor Gericht beſorgt worden iſt, wenn es zumal der Principal vollkommen genehmiget [62]). Stillſchweigend geſchieht nun die Auftragsertheilung,

1) wenn eine Parthey ſelbſt in Perſon vor Gericht gegenwärtig iſt, und geſchehen läßt, daß Jemand, als ihr Sachwalter, daſelbſt für ſie handelt, ohne dabey zu widerſprechen [63]). Es iſt jedoch eine ſolche ſtillſchweigende Vollmacht nie auf den ganzen Rechtshandel auszudehnen, ſondern ſie kann ihrer Natur nach nur auf die Handlungen gehen, bey denen die Parthey wirklich gegenwärtig geweſen iſt [64]). Es kann daher ein ſolcher Procurator in der Folge nichts verhandeln, als was eine unmittelbare und unzertrennliche Folge desjenigen iſt, wozu ihn einmal des Gewaltgebers Stillſchweigen berechtiget [65]).

2) Wenn

62) MANTICA de tacitis et ambig. conventionib. Lib. VII. Tit. 3. nr. 25.

63) §. 1. *I. de iis, per quos agere poſſum.* *L.* 6. §. 2. *D.* et *L.* 6. *Cod. mandati.* VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. LEYSER cit. loc. Medit. 11. Dapp a. a. O. §. 236.

64) *Cap.* 12. *X. h. t.*

65) LEYSER cit. loc. medit. 12. Vol. I. pag. 585. und Danz a. a. O. §. 130.

2) Wenn eine Parthey die zu ihrer Rechtsſache gehörigen Urkunden in der, jedoch in einem jeden einzelnen Falle auf Erfordern zu erweiſenden Abſicht, einem Andern übergiebt, um jene gerichtlich zu verhandeln [66]).

b) Die andere Frage iſt, ob auch von Seiten des Sachwalters die Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen ſtillſchweigend geſchehen könne? Hier iſt nun ſoviel auſſer Zweifel, daß derjenige, welcher ſich auf die ſchriftlich oder mündlich ihm geſchehene Ertheilung eines Auftrags blos nicht erklärt hat, den Auftrag ſchon dadurch allein noch keinesweges übernommen habe. Denn das Stillſchweigen iſt hier um ſo mehr für eine ganz indifferente Sache zu halten, je weniger insgemein der Auftrag unſer eignes Intereſſe betrift; wenn man zumal erwägt, daß die Beſorgung fremder, beſonders gerichtlicher, Geſchäfte, wegen der damit verknüpften Vertretung der geringſten Schuld, als etwas läſtiges anzuſehen iſt, dem man lieber zu entgehen ſucht, als daß man ſolches gern übernehmen ſollte. Daher erklärt auch **Ulpian** [67]) das Stillſchweigen desjenigen, der ſich auf einen ihm ertheilten Auftrag nicht erklärt hat, ausdrücklich für ein Merkmahl verweigerter Einwilligung. Invitus procurator, ſagt er, non ſolet dari; *invitum* autem accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, *qui conſenſiſſe non probatur.* Es läßt ſich aber doch deßwegen nicht behaupten, als ob zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen die ausdrückliche Einwilligung des

66) Arg. *L.* 11. *C. de pact. convent.* Danz a. a. O.

67) *L.* 8. *§.* 1. *D. h. t.*

des Procurators ſchlechterdings erfordert werde, wie Giphan [68]), und Weſtenberg [69]) lehren, ſondern es kann auch hier das Stillſchweigen des Procurators von Wirkung ſeyn, wenn nämlich zu der Ertheilung des Auftrags noch ein beſonderer Umſtand hinzutritt, der nach rechtlichen Grundſätzen nicht mit Stillſchweigen kann übergangen werden, wenn man den Auftrag nicht annehmen will [70]). Dahin gehört, wenn Jemand nicht nur wiſſentlich und ohne Widerrede eine auf ihn geſtellte, und gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, ſondern auch noch überdem geſchehen laſſen, daß der Principal die gewöhnliche Caution für ihn geleiſtet hat [71]). Hier iſt ein ſolcher Fall vorhanden, wo das Stillſchweigen den Procurator verbindlich macht, und derſelbe den erhaltenen Auftrag nun nicht mehr von ſich ablehnen kann, ohne ſich der Klage auf das Intereſſe auszuſetzen [72]).

§. 388.

Perſonen, welche als vermuthete Sachwalter zugelaſſen werden.

Diejenigen Sachwalter, welche weder einen ausdrücklichen noch ſtillſchweigenden Auftrag von ihrem Principal

68) Lectur. Altorphin. pag. 18. init.

69) Princip. iur. ſec. ord. Digeſt. h. t. §. 12.

70) EMMINGHAUS cit. Commentat. §. 6.

71) Es iſt dieſes nicht blos dem päbſtlichen Rechte gemäß; *Clem.* 1. *de procurator.* ſondern es ſtimmen hiermit auch die Grundſätze des römiſchen Rechts überein, wie aus der *L.* 8. §. 3. und *L.* 15. *D. h. t.* erhellet.

72) *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. 38. §. 17.

cipal erhalten haben, ſondern bey denen blos wegen des Verhältniſſes, in welchem ſie mit der Parthey ſtehen, ein Auftrag nach Maasgebung der Geſetze vermuthet werden kann, werden **vermuthete Sachwalter**, *Procuratores praeſumti*, oder *Quaſi procuratores* genennt [73]). Vermöge eines ſolchen vermutheten Auftrags werden nun als Sachwalter zugelaſſen,

1) **Verwandte** derjenigen Parthey, deren Sache vor Gericht verhandelt wird, ſowohl in gerader, als der Seitenlinie [74]). Nur müſſen ſie

a) wahre **natürliche Verwandte** ſeyn. Es ſind daher diejenigen Perſonen, welche durch die Adoption in

73) Wenn **Ulpian** in der *L.* 3. §. 3. *D. iudicatum ſolvi* ſagt: Quod eis agere permittitur edicto Praetoris, *non facit eos Procuratores;* ſo zielt dieß nur darauf, daß ſie keine **wahre Sachwalter** ſind. Sie können ſich daher von dem Gegner ihrer Parthey nicht mit Wirkung de iudicato ſolvendo Caution leiſten laſſen, und müſſen überdem de rato caviren, wovon wahre Sachwalter frey ſind. Man ſehe *Ant.* FABER in Rational. ad L. 35 D. h. t. Von vermutheten Sachwaltern handeln übrigens *Io. Bern.* FRIESE Diſp. de poſtulantibus pro aliis ſine mandato. *Ienae* 1699. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquiſ. de cautione rati a coniunctis praeſtari ſolita. *Tüb.* 1663. *Io. Iac.* BERGER Diſſ. de mandato iudiciali praeſumto. *Alt.* 1705. *Chriſt. Henr.* BREUNING Diſſ. de mandato praeſumto. *Lipſiae* 1764. *Rud. Chriſt.* HENNE Diſſ. de perſonis ex mandato praeſumto in iudiciis agentibus. *Erfordiae* 1768. und **Dapp** in dem angeführten Verſuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß 2. Abth. §. 386—466.

74) *L.* 35. *pr. D. h. t.* Sed et hae perſonae procuratorum debebunt defendere, quibus ſine mandatu agere licet: utputa *liberi,* licet ſint in poteſtate; item *parentes,* et *fratres.*

in das Verhältniß einer blos bürgerlichen und geſetzlich erdichteten Verwandſchaft getreten ſind, von dem Rechte, vermöge eines vermutheten Auftrags vor Gericht zu handeln, auszuſchlieſſen [75]). Sie müſſen ferner

b) **rechtmäſige Verwandte** ſeyn. Wenn daher die Verwandſchaft durch unehelichen Beyſchlaf entſtanden iſt, ſo findet der Regel nach kein vermutheter Auftrag ſtatt, auſſer bey blos natürlichen Verwandten von der mütterlichen Seite, wenn nur die Cognation nicht etwa durch einen coitum damnatum, z. B. durch Ehebruch oder Blutſchande, entſtanden iſt; weil die bürgerlichen Rechte der Verwandſchaft bey dergleichen blos natürlichen Verwandten von mütterlicher Seite eben ſo gut, wie bey den rechtmäſigen Deſcendenten der väterlichen Linie, ſtatt finden [76]). Soviel inſonderheit

c) die **Verwandten in der geraden Linie** anbetrifft, ſo kommt es bey dieſen weder auf den Unterſchied des

75) Man ſieht dieſes beſonders aus der Verbindung der *L.* 51. und *L.* 56. §. 1. *D. de Verb. Significat.* welche, wie Cujaz in Commentar. ad L. 50. 51. et 52. D. de V. S. zeigt, und auch POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XXX. Not. i. behauptet, vorzüglich zu dieſer Materie gehören, und worin die Ausdrücke *parentes* und *liberi* auf eine ſolche Art erklärt werden, daß Adoptiveltern und Adoptivkinder nicht mit darunter begriffen ſind. Es iſt auch ſonſt kein Geſetz vorhanden, worin die Wirkung eines präſumtiven Auftrags der Adoption wäre beygelegt worden. Man ſehe übrigens LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 8. FRIESE cit. Diſſ. Th. 12. und beſonders Dapp in dem angef. Verſuche §. 399. S. 280. f.

76) *L.* 2. *et* 8. *D. unde cognati.* LAUTERBACH cit. Disquiſit. §. 10. und Dapp §. 394. u. §. 395.

Grades 77) noch auch bey den Kindern darauf an, ob ſie noch in der väterlichen Gewalt ſind, oder nicht 78). Es findet auch kein Unterſchied ſtatt, ob dieſe Verwandten gleich von Anfang rechtmäſig geweſen, oder ob ſie es erſt nachher durch die vollkommene Legitimation geworden ſind 79). Endlich

d) die Verwandten in der Seitenlinie betreffend, ſo werden dieſe nur bis auf den zweyten Grad der bürgerlichen Computation, als vermuthete Sachwalter, zugelaſſen. Denn das Geſetz 80) gedenkt ausdrücklich nur der Brüder, jedoch ohne allen Unterſchied, ob ſie vollbürtig, (germani) oder halbbürtig, (unilaterales) und letztere von väterlicher (conſanguinei), oder von mütterlicher Seite (uterini) ſind.

77) Denn Ulpian redet in der angef. *L.* 35. *pr. D. h. t.* von parentibus und liberis überhaupt. Nun aber werden unter dem Ausdruck *parentes* alle Verwandten in der aufſteigenden Linie, *L.* 51. *D. de Verb. Sign.* ſo wie unter der Benennung der *liberorum* alle Verwandte in der abſteigenden Linie begriffen. *L.* 220. *D. de Verb. ſignif. L.* 10. *§.* 9. *D. de in ius voc.* Inſofern jedoch von gerichtlichen Geſchäften die Rede iſt, ſo werden in der Regel nur Aſcendenten und Deſcendenten männlichen Geſchlechts als vermuthete Sachwalter zugelaſſen. Es giebt nur einige wenige Ausnahmen, wo die Tochter für die Eltern und die Mutter für die Kinder vor Gericht handeln kann. *L.* 4. *D. h. t. L.* 1. §. *fin. D. de appellat. recipiend.* S. WERNHER Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 81. HENNE cit. Diſſ. §. 3. et 5. und BREUNING cit. Diſſ. §. 4.

78) *L.* 35. *D. h. t. L.* 56. *§.* 1. *D. de verb. ſignif.*

79) Dapp §. 403.

80) *L.* 35. *pr. D. h. t.*

ſind[81]). Es können daher Geſchwiſterkinder ſo wenig, als die übrigen Verwandten in der Seitenlinie wenigſtens nach dem römiſchen Rechte als vermuthete Sachwalter vor Gericht zugelaſſen werden, wenn gleich verſchiedene Rechtsgelehrte anderer Meinung ſind[82]), weil es hier auf ein beſonderes Recht ankommt, bey welchem keine ausdehnende Erklärung ſtatt findet[83]). Uebrigens iſt jedoch noch zu bemerken, daß wenn mehrere Brüder von einer Gattung concurriren, der Tüchtigſte, unter Brüdern von verſchiedener Gattung aber der vollbürtige Bruder, wegen des doppelten Bandes, in welchem er mit der ſtreitenden Parthey verwandt iſt, vor dem halbbürtigen Bruder den Vorzug verdiene, wofern nicht etwa wegen der eintretenden beſondern Umſtände der Richter nach ſeinem billigen Ermeſſen eine Ausnahme zu machen für gut befindet[84]). Dahingegen kommt es bey den Verwandten in der geraden Linie auf die Nähe des Grades, und im Falle der Gleichheit deſſelben darauf an, wen der Richter nach ſeinem Ermeſſen zur

 gericht-

81) Arg. *L.* 10. §. 13. *D. de gradibus.* LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 14. Dapp a. a. O. §. 410.

82) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. II. Def. 29. STRYK Adnotat. ad Compend. *Lauterbachii* h. t. pag. 139. BERLICH P. I. Concluſ. XIV. nr. 38. Nach der Sächſiſchen Proceßordnung Tit. 7. §. 2. werden jedoch Seitenverwandte bis zum dritten, und nach dem Wirtembergiſchen Landrecht 1. Th. 16. Tit. bis zum vierten Grad als vermuthete Sachwalter zugelaſſen.

83) LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 13. HENNE cit. Diſſ. §. 4. BREUNING cit. Diſſ. §. 5. und Dapp §. 412.

84) LAUTERBACH cit. Disquiſit. §. 14. Dapp §. 411. Danz Grundſätze des ord. bürgerl. Proceſſes §. 140. Not. c.

gerichtlichen Betreibung der Sache für den tüchtigſten hält[85]). Zu den vermutheten Sachwaltern gehören ferner

2) die Schwäger einer Parthey, deren Ulpian[86]) ausdrücklich Erwähnung thut. Nur darüber ſind die practiſchen Rechtsgelehrten noch nicht einig, wie weit ſich hier der vermuthete Auftrag erſtrecke. Einige wollen ihn bloß auf diejenigen affines einſchränken, welche einander an Eltern und Kinder ſtatt ſind[87]). Allein richtiger ſcheint die Meinung derjenigen zu ſeyn, welche behaupten, daß verſchwägerte Perſonen in eben dem Grade, wie Verwandte, als vermuthete Sachwalter für einander zuzulaſſen, folglich die in der geraden Linie ohne Unterſchied des Grades, die in der Seitenlinie aber bis auf den zweyten Grad nach der Berechnung des römiſchen Rechts für einander vor Gericht handeln können[88]). Es wird aber dabey billig vorausgeſetzt,

a) daß die Schwägerſchaft durch eine rechtmäſige Ehe entſtanden ſey[89]), und daß dieſelbe

b) auch noch fortdauere. Denn iſt ſie durch den Tod der Frau, oder durch eine, auf eine andere Art erfolgte Tren-

85) LAUTERBACH §. 9. Dapp §. 407. Danz §. 140.

86) *L. 35. pr. D. h. t.*

87) STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 46. BERLICH P. I. Concluſ. XIV. n. 49. ſeq.

88) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. LAUTERBACH cit. Disquiſit. §. 16. FRIESE cit. Diſſ. Th. 45. HENNE cit. Diſſ. §. 7. Dapp §. 414. und Danz in den angef. Grundſätzen §. 140.

89) Arg. *L. 5. D. de teſtib.* und *L. 4. §. 8. D. de grad. et affin.* LAUTERBACH §. 19.

Trennung der Ehe, wieder aufgehoben, ſo hört auch, mit den übrigen rechtlichen Wirkungen derſelben, der vermuthete Auftrag auf [90]).

3) Auch der **Ehemann** gehört in gewiſſer Rückſicht zu den präſumtiven Bevollmächtigten, in Anſehung der rechtlichen Angelegenheiten ſeiner Frau. Der Proceß betrift nämlich entweder die **Perſon**, oder das **Vermögen** der Frau. Im erſtern Falle kann der Ehemann für ſeine Frau ohne Vollmacht erſcheinen [91]), und er hat auch nicht nöthig, ſich auf einen vermutheten Auftrag zu berufen, weil er die Frau zu vertheidigen, und vor Gericht zu vertreten ſchuldig iſt. Im letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden, ob der Proceß das **Heyrathsgut** der Frau, oder ob er ihr **Paraphernal-** und **Nebenvermögen** betrifft. In dem erſtern Falle hat der Mann ebenfalls nicht nöthig, zu einem vermutheten Auftrage ſeine Zuflucht zu nehmen, ſondern er handelt in Anſehung der Dotalgüter ſeiner Frau, vermöge des ihm daran zuſtehenden bürgerlichen Eigenthumsrechtes, um ſo mehr in eigenem Namen, da die Frau von dem ihr zuſtehenden natürlichen Eigenthumsrechte währender Ehe keinen Gebrauch machen kann, folglich nicht einmal ſelbſt handeln darf [92]). In dem letztern Falle hingegen,

90) *L.* 3. §. 1. *D. de poſtul.* *L.* 43. *in fin. D. h. t.* *L.* 3 *in fin. Cod. de donat. inter vir. et uxor.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. VIII. lit. D. LAUTERBACH cit. Diſquiſ. §. 17. STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 47. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. Part. II. Obſ. 381. HENNE cit. Diſſ. §. 8. Dapp §. 417. Danz §. 140.

91) *L.* 1. §. 3. *et ult D. de injur.*

92) *L.* 24. *D. de act. rer. amot.* *L.* 13. §. 2. *D. de fundo dot.* *L.* 7. §. 3. *D. de iure dot.* *L.* 5. *L.* 11. *L.* 23. *et* 30. *Cod. eodem.* *L.* 9. *Cod. de rei vindicat.* Dapp §. 419.

gegen, wenn der Rechtsſtreit das Nebenvermögen (bona paraphernalia) der Ehefrau betrift, kann eigentlich nach dem römiſchen Rechte der Mann anders nicht, als vermöge eines vermutheten Auftrags, handeln, und muß daher cautionem rati leiſten [93]). Denn an dieſen Gütern hatte der Mann nach dem römiſchen Rechte eigentlich gar keine Rechte, und wenn ihm auch die Frau das Paraphernalvermögen verwalten ließ, ſo war er doch nur ſo lange Verwalter, als die Frau wollte, welche ihm die Verwaltung nach ihrem Gefallen wieder nehmen konnte [94]). Nur ein Fall war in den Geſetzen ausgenommen, nämlich, wenn das Nebenvermögen der Frau in ausſtehenden Schuldpoſten (nominibus) beſtand, und ſie dieſelben ihrem Mann in dem Ehevertrage zur Verwaltung überlaſſen hatte, in welchem Falle alsdann der Mann ohne einer weitern Cautionsleiſtung in eigenem Namen zugelaſſen wurde [95]). Allein nach dem heutigen Rechte kommt es darauf an, ob nach den beſondern Geſetzen eines Landes dem Ehemann auch von dem Paraphernalvermögen der Ehefrau nicht nur die Verwaltung ſondern auch die Nutznieſung zuſteht, wie z. B. in Sachſen, oder nicht. In dem erſtern Falle handelt der Ehemann als geſetzlicher Verwalter für ſeine Frau vor Gericht, ohne ſich auf einen vermutheten Auftrag berufen zu dürfen [96]). In dem andern Falle hingegen hat entweder die Frau dem Mann

93) L. 21. *Cod. de procurat.*

94) L 8 *Cod de pact. convent.* HENNE cit. Diſſ. §. 10. Dapp §. 420 — 423.

95) *L. ult. Cod. de pact. convent.* GIPHANIUS ad L. 21. Cod. de procurat. nr. 8. in *Lectur. Altorfin.* pag. 93.

96) HENNE cit. Diſſ. §. 11. Dapp §. 424.

Mann die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überlaſſen, oder nicht, ſondern ſich daſſelbe zur freyen Dispoſition vorbehalten. In jenem Falle handelt der Mann in Anſehung dieſer Güter als **beſtellter Verwalter**, in dieſem hingegen vermöge eines **vermutheten Auftrags**[97]). Zu den vermutheten Sachwaltern gehören

4) auch die **Theilnehmer** an einem Rechtsſtreite[98]), (conſortes litis) worunter diejenigen verſtanden werden, welche vor einem und eben demſelben Richter, und aus einem und eben demſelben Rechtsgrunde klagen oder belangt werden, und welche daher der Gegenſtand des Rechtsſtreits gemeinſchaftlich angeht, oder, wie Cujaz[99]) ſich ausdruckt, quorum communis eſt res in iudicium deducta. Es iſt alſo zur Theilnehmung an einem Rechtsſtreite im rechtlichen Verſtande nicht genug, daß etwa ein Theil von dem Ausgange der Sache auf irgend eine Art Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu befürchten habe, ſondern es wird, wie das Geſetz[100]) ſagt, ein *negotium commune*, das iſt, ein gemeinſchaftlicher Rechtsſtreit erfordert,

in

97) LAUTERBACH Colleg. Pandectar. h. t. §. 23. *de* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCII. medit. 1. et 2. **Eſtor** in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes §. 45. a. Not. II. und §. 2153. nn. **Danz** §. 140. Jedoch wollen einige dieſen Unterſchied verwerfen, und behaupten, daß in Anſehung der Paraphernalgüter und Spielgelder der Frau der Mann wirklich bevollmächtiget ſeyn müſſe. PUFFENDORF Tom. I. Obſ. 12. und **Claproths** Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 84. Not. c.

98) *L. 2. Cod. de Conſort. eiusd. lit.*

99) Paratitl. Cod. h. t.

100) *L. 2. Cod. cit.*

in welcher Bedeutung das Wort *negotium* auch in andern Geſetzſtellen [1]) vorkommt. Dieſes iſt nun der Fall bey mehreren Miterben, oder mehreren Bürgen, oder Geſellſchaftern [2]). Dahingegen können diejenigen, welche ſich in einen Rechtsſtreit freywillig in der Abſicht einmiſchen, um einem oder dem andern der ſtreitenden Theile bey der Verfolgung ſeines Rechts beyzuſtehen, (acceſſorie intervenientes) nicht als Conſortes litis angeſehen werden, weil zwiſchen ihnen und der ſtreitenden Hauptparthey, die ſie zu vertreten ſuchen, keine Gemeinſchaft in Anſehung des Gegenſtandes des Rechtsſtreites iſt, ſondern zwiſchen beyden gemeiniglich ganz verſchiedene Rechte ſtatt finden [3]); wenn gleich **Wernher** [4]) anderer Meinung iſt. Ob, bey einer im Proceß befangenen Gemeinheit, die einzelnen Mitglieder derſelben, als Theilnehmer am Rechtsſtreite, vermöge eines vermutheten Auftrags, für die Gemeinheit vor Gericht handeln können? iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige laſſen ſie zu [5]), andere [6]) nicht.

1) *L. 3. Cod. de in litem dando tutor. L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens.*

2) L. 5. *§. 1. D. iudicatum ſolvi.*

3) S. *Eberh. Chriſtph.* CANZ Diſſ. de uno ex pluribus litis conſortibus ſuo, non ſimul alieno nomine agente. *Tübing.* 1766. §. 4. HENNE cit. Diſſ. §. 14. Dapp §. 430. u. 431.

4) Obſervat. for. Tom. II. Part. VI. Obſ. 261.

5) J. B. CARPZOV Deciſ. 205. et in Proceſſu Tit. V. Art. 6. nr. 62. und BRUNNEMANN in Comm. ad Rubr. Tit. D. quod cuiusq univerſitat. nom.

6) BERGER Reſolut. *Lauterbach.* pag. 90. nr. 3. KLOCK Vol. III. Conſil. CLIII. nr. 89. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. X. § 56. MENCKEN in Iuris controv. Decad. I. Controv. 2. u. a. m.

nicht. Die richtigſte Meinung, welche auch unſer Verf. Not. 5 annimmt, iſt wohl unſtreitig die, wenn man unterſcheidet, ob das Recht der Gemeinheit, worüber geſtritten wird, ein ſolches iſt, wovon jedem einzelnen Mitgliede derſelben ein gemeinſchaftlicher Genuß zuſteht, oder ob es nur die univerſitatem qua talem und im Gantzen angeht. Im erſten Falle, z. E. wenn über gemeinſchaftliches Huth- und Weiderecht geſtritten wird, ſind einzelne Mitglieder, als litis conſortes, allerdings zuzulaſſen, im letztern Falle aber ohne Vollmacht nicht, z. B. wenn der Streit die der univerſitati zuſtehende Jurisdiction, oder das Patronatrecht, u. d. betrifft [7]). Da nun alſo den Theilnehmern an einem Rechtsſtreite verſtattet iſt, vermöge eines vermutheten Auftrags, in der übrigen Namen vor Gericht zu handeln, ſo entſteht weiter die Frage, ob Conſortes litis auch ſchon vor der Litisconteſtation, oder erſt nach derſelben zuzulaſſen ſeyn? Auch dieſe Frage iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Die meiſten behaupten das letztere, und erklären die Worte: *poſt litem legitime ordinatam*, welche in der L. 2. C. de conſortib. eiusd. litis vorkommen, von der Litisconteſtation [8]). Es kommt alſo hier auf die Erklärung dieſer

7) L. 7. §. 1. D. *Quod cuiusq. univerſ. nomine.* STRYK Uſ. mod. Pandect. Lib. III. Tit. 4. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. X. med. 1. RIVINUS in Specim. exception. for. Cap. VII. nr. 30. et in Enunciat. iuris Tit. VII. Enunc. 13. BERGER Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. und beſonders HENNE cit. Diſſ. §. 14.

8) VULTEIUS Tr. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 437. ſeqq. LAUTERBACH Diſſ. de cautione rati, a coniunctis praeſtari ſolita §. 29—32. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. Eſtor in den An-

dieſer Worte um ſo mehr an, da ſie in der Originalverordnung der Kaiſer Valentinian und Valens [9]) nicht ſtehen, ſondern von Tribonian abſichtlich beygefügt worden ſind [10]). Nun iſt zwar nicht zu läugnen, daß in den Geſetzen lis ordinata von der lite conteſtata unterſchieden wird [11]), und die ordinatio, oder, wie ſie auch genennt wird, praeparatio litis [12]) eigentlich darin beſtand, wenn dasjenige geſchehen war, was ſowohl zur Berichtigung der Perſon der ſtreitenden Theile, als zu deren und des Gerichts Sicherſtellung gehörte, und was überhaupt geſchehen mußte,

Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes 1. Th. §. 45ª Not. 1. nr. 4. *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſion. Part. II. Deciſ. 78. nr. 6. pag. 328. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 433–443. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 84. Nr. 3. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 141. u. a. m.

9) Die Originalverordnung iſt L. 2. *Cod. Theod. de cognitor. et procurator.* und lautet ſo: Commune negotium et quibusdam abſentibus agi poteſt, ſi praeſentes *rem ratam dominum habiturum*, cavere parati ſunt: vel, ſi quod ab his petitur, *iudicatum ſolvi* ſatisdatione firmaverint.

10) S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. cit. 2. Cod. Theodoſ. de cognitor. et procurator. Tom. I. pag. 168.

11) *L. 8. pr. et §. 1. D. de inoff. teſtam. L. 7. §. 5. L. 24. et 25. D. de liber. cauſa L. 1. C. Qui dari tut. L. 4. Cod. ne de ſtatu defunctor. L. 14. Cod. de liber. cauſa* und FESTUS de Verb. Significat. voc. *conteſtari*, welcher ausdrücklich ſagt, daß die litis conteſtatio erſt *ordinato iudicio* erfolgt ſey.

12) *L. 7. in fin. D. de lib. cauſa.*

mußte, ehe lis conteſtirt werden konnte [13]). Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten [14]), daß eben dieſe Bedeutung bey der Erklärung der angeführten L. 2. Cod. Iuſt. de conſort. eiusd. lit. zum Grunde zu legen ſey, und wollen demnach die Theilnehmer an einem Rechtsſtreite ſchon vor der Litisconteſtation, als vermuthete Sachwalter, für einander um ſo mehr zulaſſen, weil die von vermutheten Sachwaltern wegen der Genehmigung zu leiſtende Sicherheit auch vor der Litisconteſtation beſtellt werden müſſe [15]). Allein erwägt man, daß die ſatisdatio ratihabitionis und de iudicato ſolvendo zur ordinatio iudicii in der angeführten Bedeutung gehörte, und daß deſſen ungeachtet in unſerm Geſetz geſagt wird, daß litis conſortes erſt *poſt litem legitime ordinatam* gegen jene Caution zugelaſſen werden ſollen; bedenkt man ferner, daß, wenn vor der Litisconteſtation eben das, was nach derſelben, hätte Rechtens ſeyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsſtreite ſowohl vor als nach der Litisconteſtation, vermöge eines vermutheten Auftrags, zugelaſſen werden ſollen, nicht nöthig geweſen wäre,

13) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. XVIII. cap. 23. und *Car. God.* WINCKLER Diſſ. de diſcrimine inter litis conteſtationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipſiae* 1751. Sect. I. §. 5.

14) CUJACIUS in Paratitl. Cod. de conſortibus eiusdem litis. PEREZ Praelect. in Cod. eod. tit. §. 2. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2. Cod. Theodoſ. de cognitor. et procurat. WISSENBACH in Comment. in libr. VII. Cod. Iuſtin. Lib. III. Tit. 40 pag. 206. BERLICH P. I. Concluſ. XIV. nr. 54. WERNHER Obſervat. for. T. I. P. I. Obſervat. 305. nr. 82. et 83. HENNE cit. Diſſ. §. 15. und BREUNING §. 9.

15) L. 40. §. 3. *D. de procurat.*

wäre, dem Geſetz die Worte: *poſt litem legitime ordinatam*, die in der Originalverordnung, wie ſchon oben bemerkt worden, nicht ſtanden, bey deſſen Aufnahme in den juſtinianeiſchen Codex abſichtlich beyzufügen; ſo verdient wohl die erſtere Meinung um ſo mehr den Vorzug vor der letztern, weil von einer Rechtsſache eigentlich erſt dann geſagt werden kann, daß ſie nach allen ihren Theilen *legitime* ordinirt ſey, wenn die Litiscontestation geſchehen iſt [16]). Endlich pflegt man zu den vermutheten Sachwaltern

5) auch noch diejenigen zu zählen, welche die zu der ſtreitigen Rechtsſache gehörigen Urkunden in Händen haben [17]). Allein nach dem römiſchen Rechte findet bey dieſen kein vermutheter Auftrag ſtatt, und die Reichscammergerichtsordnung [18]) verordnet ausdrücklich, daß derjenige, welcher Urkunden, die zur Entſcheidung der Sache gehören, in Händen hat, nur zu den vorbereitenden Theilen des Proceſſes, und unter der Bedingung zugelaſſen werden ſolle, daß er zu den Verhandlungen, welche die Hauptſache angehen, eine wahre Vollmacht bey-

16) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 444. ſeqq.

17) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. Cod. de procurat. MEVIUS Part. III. Deciſ. 23. GAIL Lib. I. Obſerv. 133. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. LEYSER Specim. LIII. medit. 3. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Eſtor in den Grundſätzen des gemeinen und Reichsproceſſes §. 45. a. Not. I. nr. 5. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. HENNE cit. Diſſ. §. 16. und BREUNING cit. Diſſ. §. 10.

18) 1. Th. Kap. 21. §. 2. (in der neuen Sammlung der Reichsabſchiede 3. Th. S. 60.)

beybringe, worin zugleich dasjenige, was er bisher verhandelt hat, genehmiget werde; dahingegen ein vermutheter Sachwalter nach dem römiſchen Rechte nicht nur im Anfange des Rechtsſtreits, ſondern auch noch nachher gegen die beſtellte Sicherheit wegen der Genehmigung zugelaſſen wird, ohne daß er erſt noch eine wahre Vollmacht beybringen darf [19]).

Uebrigens iſt noch zu bemerken,

1) daß diejenige Parthey, in deſſen Namen der vermuthete Sachwalter handeln will, fähig ſeyn müſſe, einen gerichtlichen Sachwalter zu beſtellen [20]). Es bringt dieſes ſchon die Natur der Sache ſelbſt mit ſich, daß man die Ertheilung eines Auftrags bey dem nicht vermuthen kann, der einen Procurator zu beſtellen unfähig iſt. Alſo für einen Raſenden, oder Wahnwitzigen, oder Unmündigen wird ein vermutheter Sachwalter nicht zugelaſſen. Es läßt ſich auch von ſolchen Perſonen keine Ratihabition erwarten, wegen welcher doch der vermuthete Sachwalter Caution leiſten muß [21]).

2) Wird

19) *L.* 35. *pr.* und *L.* 40. §. 4. *D. h. t.* Dapp in dem angef. Verſuche §. 448 — 450.

20) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 26. STRYK Uſ. mod. Pandect. T. III. Lib. XLVI. Tit. 8. §. 4. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HERT Deciſ. 518. RIVINUS Enunciat. iuris Tit. VII. En. 14. WILLENBERG Selecta iurisprud. civ. P. II. Exercitat. XLV. §. 11. und Dapp §. 467. S. 324. Man ſehe hier auch noch vorzüglich nach des Herrn Geh. Juſtizraths Klein merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſtenfacultät 1. Band. (Berlin u. Stettin 1796. 8.) Nr. XLI. §. 25. S. 332.

21) Das Gegentheil behaupten WERNHER Tom. II. P. VI. Obſ. 353. Knorr in der Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 1. Hptſt.

2) Wird erfordert, daß derjenige, deſſen gerichtliche Geſchäfte der vermuthete Sachwalter beſorgen will, nicht einen entgegengeſetzten Willen erklärt habe, welches auch ſtillſchweigend dadurch geſchehen kann, wenn er einen andern Sachwalter bevollmächtiget hat. Denn wenn gleich ein vermutheter Sachwalter den Willen desjenigen, für welchen er erſcheint, nicht zu beweiſen hat, ſo darf er doch auch nicht wider deſſelben Willen erſcheinen. Treten daher gegründete Gegenvermuthungen ein, ſo wird derjenige, der ſonſt eine muthmasliche Vollmacht hat, in keinem Falle, auch nicht einmal gegen Sicherheitsleiſtung wegen der Genehmigung, zugelaſſen [22]).

3) Muß die Sache ſelbſt, welche der vermuthete Sachwalter beſorgen will, überhaupt einen Procurator zulaſſen. Endlich

4) erſtreckt ſich ein jeder muthmaslicher Auftrag nur auf ſolche Handlungen, welche keinen beſondern Auftrag erfordern [23]). So z. B. kann kein vermutheter Sachwalter dem Gegentheil ſeiner Parthey den Eid zuſchieben, oder Documente anerkennen [24]).

§. 389.

Hptſt. 4. §. 7. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. Cap. II. §. 7. HENNE cit. Diſſ. §. 20. und Danz in den Grundſätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 142.

22) L. 40. §. *fin.* *D. h. t.* HENNE §. 18. Dapp §. 469. Danz §. 141. am Ende.

23) *L.* 26 et L. 27. *pr. D. de minor.* HENNE §. 19. Claproth Einleit. in den ord. bürg. Proceß 1. Th. §. 84. S. 353. Dapp §. 514. u. folgg.

24) WERNHER Tom. I. P. I. Obſervat. 323. et Tom. II. P. VI. Obſ. 426. RIVINUS Specim. except. for. Cap. VII. nr. 16. et 18.

§. 389. u. 390.

Unterſchied zwiſchen gerichtlichen und auſſergerichtlichen Anwälden in Abſicht auf das *dominium litis* Wirkungen und heutiger Gebrauch deſſelben. Unterſchied zwiſchen Sachwaltern und Advocaten.

Schon oben (§. 386. S. 220.) ſind die Procuratoren in Rückſicht der Geſchäfte, welche ſie beſorgen, in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt worden. Der Hauptunterſchied zwiſchen beyden beſteht nach dem Röm. Rechte darin, daß gerichtliche Sachwalter vermöge einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des Rechtsſtreits gehalten werden, dahingegen bey außergerichtlichen Anwälden ein ſolches erdichtetes Eigenthumsrecht in Abſicht des ihnen übertragenen Geſchäfts nicht ſtatt findet [25]). Nach dem ältern römiſchen Rechte wurde nämlich gar kein Procurator vor Gericht zugelaſſen, ſondern jede ſtreitende Parthey, ſowohl der Kläger, als der Beklagte, mußte in Perſon erſcheinen, und ſeine gerichtliche Angelegenheiten ſelbſt beſorgen [26]). Der Grund hiervon lag in der beſondern Beſchaffenheit des alten römiſchen Proceßes [27]). Denn dieſer war durchaus

25) Ein anders behauptet zwar WESENBEC. ad Pandect. h. t. nr. 8. dem auch HAHN in Notis ad *Eundem* beyſtimmt. Allein dieſe Meinung haben ſchon längſt SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. Th. 51. *Io. Henr.* BERGER in Diſſ. de dominio litis. *Vitemb.* 1696. §. 19. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. eiusd. arg. *Halae* 1709. Cap. I. §. 28. und Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 63. Not. v. S. 41. widerlegt.

26) *Princip. I. de iis, per quos agere poſſunt.* **L. 123. D.** *de Reg. iuris.*

27) *L. 2. §. 6. D. de orig. iur.*

aus formulariſch, und zwar waren die Formeln der Klagen und Einreden ſo gefaßt, daß ſie die Gegenwart der Partheyen ſchlechterdings nothwendig machten [28]). Nur einige wenige Fälle waren ausgenommen, wo es nicht möglich war, daß die Parthey in Perſon erſcheinen konnte. Dahin gehörte, wenn der Proceß das ganze Volk, oder die Freyheit eines Menſchen, oder eine Vormundſchaftsklage betraf. In dieſen Fällen ward ein Sachwalter zugelaſſen [29]). Weil es jedoch für die Partheyen eine nicht geringe Beſchwerlichkeit war, daß ſie ſich keines Sachwalters bedienen durften, ſondern in Perſon ſowohl klagen, als auch gegen die Klage ſelbſt excipiren mußten, ſo ließ man endlich aus Nothwendigkeit Procuratoren zu, und half ſich mit einer Fiction, vermöge welcher man annahm, als ob der Procurator ſelbſt Eigenthümer des Rechtsſtreits ſey, der nicht ſowohl im fremden, ſondern vielmehr im eigenen Namen handele. Anfangs ſcheint es indeſſen nur eigentlich in dem Falle erlaubt geweſen zu ſeyn, Sachwalter zu gebrauchen, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter, oder Abweſenheit wirklich auſſer Stande war, ſelbſt vor Gericht zu handeln [30]). Allein in der Folge wurde die Zu-

28) So z. E. brauchte bey dinglichen Klagen der Kläger die Formel: Hunc *ego* hominem ex iure Quiritium *meum eſſe aio*; oder aio, ius *mihi eſſe* ire, agere *per fundum tuum*, oder aio, *tibi* ius non eſſe, tignum immiſſum habere. Der Beklagte hingegen antwortete: immo *meum eſſe* aio, oder immo ius *mihi eſſe aio*. Bey Perſonalklagen ſagte der Kläger zu dem Beklagten: Aio, *te mihi* dare oportere, oder aio, *te mihi* centum debere ex mutuo. S. BRISSONIUS de formulis. Lib. V.

29) *Princ. I. de iis, per quos agere poſſ.*

30) *Princip. alleg.*

Zulaſſung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtsſachen ſo allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch einen Sachwalter nicht beſorgt werden konnte [31]). So wie nun aber, um, das Eigenthum einer Sache zu erwerben, ein rechtmäſiger Erwerbungsgrund (iuſtus titulus), und eine dazu geeigenſchaftete Erwerbungsart (modus acquirendi) erfordert werden [32]); ſo vertrat bey der Erwerbung des dominii litis der dem Sachwalter von der Parthey ertheilte Auftrag die Stelle eines Rechtstitels, die Litiscontestation aber die Stelle der Erwerbungsart, oder einer Quaſitradition [33]). Bey einem Defenſor hingegen erſetzte die ſatisdatio rati oder de iudicato ſolvendo den Mangel des Auftrags, welche daher vor der Litiscontestation präſtirt werden muſte [34]). Die Wirkungen des dominii litis beſtanden nun nach dem römiſchen Rechte darinn.

1) Der Procurator hatte das Recht, einen andern Bevollmächtigten an ſeine Stelle zu ſetzen [35]).

2) Durch den Tod des Principals erloſch die Vollmacht nicht, ſondern der Procurator konnte auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren [36]).

3) Der Principal durfte nach der Einlaſſung auf die Klage ohne Einwilligung des Procurators nichts für ſich allein in der Sache vornehmen [37]).

 4) Die

31) *L.* 2. *et* 26. *C. h. t.* BOEHMER cit. Diſſ. Cap. I. §. 20—22.

32) *L.* 31. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 20. *Cod. de pactis.*

33) *L.* 22. *Cod. de procurat.* BOEHMER cit. Diſſ. Cap. I. §. 26.

34) *L.* 40. *§.* 3. *D. h. t.* BOEHMER c. l. §. 27.

35) *L.* 23. *C. h. t.*

36) *L.* 23. *C. h. t.*

37) *L.* 22. *C. eod.*

4) Die Vollmacht konnte auch nicht anders, als aus wichtigen Urſachen, und nach vorausgegangener Unterſuchung vom Principal revocirt werden [38]).

5) Die Sentenz wurde auf den Namen des Procurators gerichtet [39]). Daher hatte

6) bey einer actione famoſa die Wirkung der Ehrloſigkeit nicht ſtatt [40]); und

7) die actio iudicati konnte ſowohl von dem Procurator, als gegen ihn angeſtellet werden [41]).

Das päbſtliche Recht hat dieſe Grundſätze beſtätiget [42]), und auch die Reichsgeſetze ſprechen an mehreren Orten [43]) von dieſem Eigenthume des Rechtsſtreits. Daher vertheidigen mehrere Rechtsgelehrten [44]) den heutigen Gebrauch deſſelben. Allein der Gerichtsgebrauch ſtimmt mit dieſer Meinung nicht überein, nach welchem auf

38) *L. 17. D. h. t.*

39) *L. un. C. de Satisdat.* L. 1. C. de Sentent. et interlocut.

40) *L. 6. §. 2. D de his, qui not infam.*

41) *L. 28. D. h. t.* Klagte jedoch der Procurator actione iudicati, ſo konnte ihm die exceptio doli entgegen geſetzt werden, wenn er kein Procurator in rem ſuam war. cit. *L. 28. h. t.* GIPHANIUS ad h. Leg.

42) *Cap. 1. de procurat in 6.*

43) Reichsabſch. von 1557. Tit. 35. §. 6. Deput. Abſch. von 1600. §. 73. K. Cammergerichtsord. Th. I. Tit. 32. §. 9. und 10.

44) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 38. CARPZOV P. I. Conſt. I. Definit. 22. nr. 2. BERGER Diſſ. de dominio litis. §. 31. et §. 35. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 230. *Frid. Ul.* PESTEL Diſſ. de Procuratoribus §. 4. u. a. m.

auf die Wirkungen des dominii litis heut zu Tage keine Rückſicht mehr genommen wird [45]).

Uebrigens ergiebt ſich nun hieraus zugleich, wie Procuratoren und Advocaten von einander unterſchieden ſind [46]). Ein Advocat repräſentirt ſeinen Clienten nicht, wie ein Procurator ſeinen Principal, er bekommt daher auch keine Vollmacht, ſondern unterrichtet ſeinen Clienten blos durch mündlichen Rath, oder ſetzt ihm die Schriften auf, die er vor Gericht zu übergeben hat. (§. 359.) Der Advocat muß daher ein Rechtsgelehrter ſeyn, welches hingegen zu einem gerichtlichen Sachwalter nicht ſchlechterdings erforderlich iſt [47]). Denn auch ein Ungelehrter kann ja eine Proceßſchrift übergeben, oder die Publication einer Sentenz anhören, u. d. m. Ein Advocat leiſtet ferner keine Caution [48]), wird auch nicht, wie der Procurator, Eigenthümer des Rechtsſtreits [49]), und dergleichen mehr [50]).

45) *I. H.* BOEHMER cit. Diſſ. Cap. III. §. 3. ſeqq. HOFFMANN cit. Diſſ. de orig. et condit. procurator. Cap. IV. §. 11 – 13. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad *Chriſtianei* Deciſiones Vol. I. Obſ. 58. WINCKLER D. de diſcrim. litis conteſtationis vet. et hod. Sect. III. §. 6. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 86. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 1178. Danz Grundſ. des ord. bürg. Proceßes §. 43.

46) Sehr ausführlich handelt hiervon GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. pag. 3. ſeqq.

47) *L. 11 C. de advocat. div. iudicior.*

48) Vid. *Tit. I. de ſatisdat.*

49) *L. 1. C. de error. advocator.*

50) S. DONELLUS in commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1016.

§. 391.

Unterſchied zwiſchen Procuratoren und Actoren.

Ein gerichtlicher Procurator muß ferner von einem Actor unterſchieden werden. Ein Procurator kann nämlich nur von dem beſtellet werden, welcher Eigenthümer von der in Frage ſtehenden ſtreitigen Rechtsſache iſt. Wer hingegen nicht von dem Eigenthümer ſelbſt, ſondern von einem ſolchen, welcher deſſelben Vermögen zu verwalten berechtiget iſt, zur Beſorgung der in ſein Amt einſchlagenden gerichtlichen Geſchäfte iſt beſtellet worden, wird ein Actor, und die einem ſolchen Anwald ausgeſtellte Vollmacht *Actorium* genennt. So können z. B. Vormünder in Sachen ihrer Pupillen keine eigentliche Procuratoren, ſondern nur Actoren ernennen[51]). Das römiſche Recht macht zwar eine Ausnahme bey ſolchen Vormündern, welche anfangs die Rechtsſache ihres Pupillen vor Gericht ſelbſt betrieben, und litem conteſtirt haben[52]). Denn da ſolche Vormünder durch die Litisconteſtation das Eigenthum des Rechtsſtreits, und hierdurch auch ein geſetzliches Subſtitutionsrecht erlangten[53]), ſo mußte ihnen nothwendig auch nach der Litisconteſtation die Befugniß, einen Procurator zu ernennen, zuſtehen. Allein da die Wirkungen des dominii litis heutiges Tages überhaupt wegfallen, (§. 390.) ſo können ſie

51) *L.* 11. *Cod. h. t.* Es wird jedoch dazu noch der *L.* 24. *pr. D. de admin. et peric. tut.* ein decretum Praetoris erfordert.

52) Cit. *L.* 11. *C. h. t.*

53) *L.* 11. *pr. D. de doli mali et met. excep. L.* 4. *§. fin. D. de appellat. et relat. L.* 23. *C. h. t.* GIPHANIUS ad L. 11. C. h. t. in Lectur. Altorphin. pag. 89.

ſie auch bey Vormündern nicht mehr ſtatt finden, wofern dem Vormund nicht in dem Tutorio oder Curatorio die Befugniß, einen andern Sachwalter zu ſubſtituiren, ausdrücklich iſt eingeräumt worden [54]). Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß der von einem Vormund ernannte Actor, zu ſeiner Legitimation, nicht nur die auf ihn ausgeſtellte Vollmacht (actorium), ſondern auch ein Zeugniß, daß derjenige, von welchem er den Auftrag erhalten, rechtmäſiger Vormund ſey, (Tutorium, oder Curatorium) beybringen müſſe [55]); wofern nicht etwa der Vormund von eben demjenigen Gericht, vor welchem die dem Actor übertragene Rechtsſache anhängig iſt, zum Vormund ſelbſt verordnet oder beſtätiget worden, in welchem Falle der von dem Vormund aufgeſtellte Anwald durch das ihm ertheilte Actorium hinlänglich legitimirt iſt, ohne daß die Beybringung eines Tutorii oder Curatorii weiter erfordert wird, weil hier dem Gerichte die Eigenſchaft des Gewaltgebers ohnedem bekannt ſeyn muß [56]).

Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen ſeiner noch in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder betreffen, einen eigentlichen Procurator, oder nur einen Actor bevollmächtigen könne? hängt von dem Unterſchiede folgender Fälle ab.

 1) Be-

54) BOEHMER Diſſ. de dominio litis. Cap. III. §. 10. Anderer Meinung iſt jedoch Dapp in dem angef. Verſuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 76. Not. f.

55) von Hanzely Fortſetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis Kap. 28. §. 203. in der Anmerk. Hoffmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 207.

56) GAIL Lib. II. Obſervat. 107. nr. 5. Dapp in dem angef. Verſuch §. 78.

1) Betrift die Sache das peculium militare des Sohnes, welches derſelbe durch eine Kriegsbedienung, oder eine andere öffentliche Charge erworben hat, ſo iſt der Vater zur Beſtellung eines Procurators in derſelben nicht berechtiget, ſondern der Auftrag zur Beſorgung einer ſolchen gerichtlichen Angelegenheit muß von dem Sohne ſelbſt ertheilt werden [57]. Denn in Sachen, welche dieſes Vermögen betreffen, hat der Sohn die Rechte eines gewaltfreyen Hausvaters [58], und kann wegen deſſelben nicht nur ſelbſt klagen, auch wider den Willen des Vaters [59], ſondern auch belangt werden [60]. Dem Vater hingegen ſtehen an einem ſolchen Vermögen gar keine Rechte zu [61].

2) Rührt hingegen das Vermögen des Sohnes unmittelbar oder mittelbar vom Vater her, (peculium profectitium) ſo hat der Vater daran ein volles Eigenthumsrecht, und kann daher auch vermöge deſſelben einen Procurator beſtellen, wenn darüber ein gerichtlicher Rechtsſtreit entſteht [62].

3) In Abſicht auf das peculium adventitium, welches nicht vom Vater, ſondern anders woher erworben iſt, kommt es darauf an, ob der Vater die Nutznieſung deſſelben hat, (peculium adventitium ordinarium, ſ. regulare) oder nicht (peculium adv. irregulare ſ. extraordinarium).

In

57) *L. 8. pr. D. h. t.*

58) *L. 2. D. de SCto Macedon.*

59) *L. 4. §. 1. D. de caſtrenſi pec.*

60) *L. 39. D. de obligat. et action. L. 57. D. de iudic.*

61) *L. 10. D. de caſtr. pec. L. 3. in fin. C. eodem.*

62) *§. 1. I. per quas perſ. cuique acquir.*

In dem erſten Falle hat der Vater neben der Nutzniesung auch ein geſetzliches Verwaltungsrecht in Anſehung eines ſolchen Vermögens ſeiner Kinder[63]), und kann daher vermöge deſſelben nicht nur die Rechtsſache ſeiner Kinder ſelbſt vor Gericht beſorgen[64]); ſondern auch ſowohl vor der Litiscontestation, als nach derſelben, einen Procurator, und nicht blos einen Actor beſtellen[65]); denn die geſetzliche Administration, die ihm vermöge der väterlichen Gewalt an dieſem Vermögen zuſteht, iſt keine gemeine Verwaltung, ſo wie ſie der Vormund oder ein anderer Adminiſtrator hat, ſondern ſie beſteht vielmehr in einem exercitio dominii vicario, welches den Kindern an dieſen Gütern zugehört[66]). Hat jedoch der Sohn bereits das vierzehnde Jahr ſeines Alters zurückgelegt, ſo iſt der Vater bey der Bevollmächtigung eines Sachwalters an die Miteinwilligung ſeines Sohns, wenn dieſer gegenwärtig iſt, gebunden[67]). Auſſerdem braucht er nicht einmal zu ſagen, daß er Namens ſeiner Kinder vor Gericht erſcheine[68]). Wenn hingegen der Vater die Nutzniesung von dem peculio adventitio ſeiner

63) *L.* 1. *C. de bonis matern. L.* 6. *§.* 2. *Cod. de bon. quae liberis.*

64) *L.* 8. *§.* 3. *C. de bon. quae liber.*

65) *L.* 1. *Cod. de bon. matern.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III Specim. CLXIV. medit. 2. *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diſſ. de diverſo iure patris in peculio adventitio pro diverſa liberorum aetate. *Marburgi* 1753. §. 3. und Dapp in dem angef Verſuch §. 88.

66) SCHAUMBURG in Compend. Digeſtor. Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

67) *L ult.* §. 3. *C. de bon. quae lib.*

68) LEYSER cit. loc. und HOMBERGK cit. Diſſ. §. 14.

Kinder nicht hat, ſo kann zwar derſelbe, wenn er die Verwaltung eines ſolchen Vermögens übernommen, wozu er, wenn die Kinder noch minderjährig ſind, und kein beſonderer Curator deßhalb beſtellt worden, allerdings befugt iſt [69]), zur Betreibung eines darüber entſtandenen Rechtshandels einen gerichtlichen Anwald beſtellen. Es iſt jedoch ein ſolcher Sachwalter nach der Subtilität des römiſchen Rechts mehr ein Actor, als Procurator zu nennen, weil dem Vater in Anſehung des peculii adventitii irregularis die Adminiſtration anders nicht, als in der Qualität eines geſetzlichen Vormundes zuſteht. (S. 46.) Da indeſſen die Gewalt eines Actors und Procurators in unſern Gerichten faſt gar nicht unterſchieden iſt, ſo kommt es eben ſoviel nicht darauf an, wie man den Sachwalter nennt [70]).

§. 392.

Eintheilung der Procuratoren in öffentliche und Privatſachwalter.

Obgleich das Amt eines gerichtlichen Sachwalters an ſich kein öffentliches iſt, ſo ſind doch in Rückſicht der zur Beſorgung gerichtlicher, beſonders proceßualiſcher Geſchäfte, erforderlichen Geſchicklichkeit, ſowohl bey den höchſten Reichsgerichten, als in den meiſten teutſchen Staaten gewiſſe dazu tüchtige Perſonen öffentlich angeſtellt, und darauf verpflichtet, fremde Angelegenheiten und die Rechtshändel der Partheyen, als Anwälde, vor Gericht zu beſorgen. Dieſe werden öffentliche Sachwalter (procuratores publici)

69) *L. ult.* §. 1. C. *de bon. quae liber.* Dapp in dem angef. Verſuch §. 93.

70) HOMBERGK cit. Diſſ. §. 3.

ci) genennt [71]). Dahin gehören z. B. die **Reichshofraths-Agenten**, deren geſetzmäſig nicht über dreyßig seyn ſollen [72]). Wer an dem kaiſerlichen Reichshofrathe eine Sache zu verhandeln hat, muß ſich eines von dieſem höchſten Reichsgericht angenommenen, und verpflichteten Agenten bedienen. Nur Churfürſten, Fürſten und Stände des Reichs haben das beſondere Recht, zur Führung ihrer beym R. H. R. anhängigen Proceſſe eigene Sachwalter zu gebrauchen [73]). Auch bey dem Kaiſerlichen und Reichs-Cammergerichte ſind ſolche öffentliche Sachwalter angeſtellt, deren Anzahl in den neuern Reichsgeſetzen ebenfalls auf dreyßig feſtgeſetzt iſt [74]). Sie werden **Cammergerichtsprocuratoren** genennt, und müſſen aus dem Collegio der Advocaten gewählt werden, haben daher auch alle die Pflichten, wie die Advocaten, auf ſich [75]). Alle Partheyen, die bey dem Reichs-Cammergerichte Proceſſe führen, müſſen ſich nach der Regel derſelben bedienen. Nur bloß die Fürſten, Prälaten, Grafen, Herren, Reichsſtädte, und die unmittelbare R. Ritterſchaft haben die Freyheit, wenn ſie wollen, durch eigene abgeordnete Anwälde ihre Gerichtshandlungen beſor-

71) HUBER de procuratoribus publicis, in *Praelect. ad Pand.* h. t. HOFFMANN cit. Diſſ. Cap. IV. §. 7.

72) S. **Malblanks** Anleitung zur Kenntniß der teutſchen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfaſſung 3. Th. 3. B. 3. Kap. S. 125. ff.

73) **Reichs-Hofraths-Ordn.** Tit. 7. §. 9.

74) **Reichsabſch.** von 1570. §. 62. **Viſitationsabſchied** von 1713. §. 99. **Dapp** §. 162. ff.

75) **Malblank** in der angef. Anleitung 1. Th. §. 115. 117. u. 118.

beſorgen zu laſſen [76]). In den Preußiſchen Staaten werden ſolche Sachwalter, die dazu öffentlich authoriſirt ſind, den Unterthanen in ihren Proceſſen als Rechtsbeyſtände oder Bevollmächtigte zu dienen, Juſtizcommiſſarien genennt [77]).

§. 393.

Wer kann das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, und welche ſind von dieſem Amte ausgeſchloſſen?

Ein jeder kann nun der Regel nach das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, der überhaupt fähig iſt, vor Gericht zu handeln, inſofern nicht nach beſondern Geſetzen noch eigne Qualitäten dazu vorgeſchrieben ſind [78]). Daher ſind von dieſem Amte ausgeſchloſſen Raſende und Wahnwitzige, gerichtlich erklärte Verſchwender [79]), Taube und Stumme, in die Acht erklärte, desgleichen Frauensperſonen [80]), ausgenommen 1) wenn ſie für ihre Eltern vor Gericht erſcheinen, für welche ſie aber doch nur dann als Sachwalter zugelaſſen werden, a) wenn dieſe nicht ſelbſt im Stande ſind, ihre gerichtliche Angelegen-

76) Concept der Cammergerichtsordn. 1. Th. 38. Tit. Dapp §. 166.

77) Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußiſchen Staaten. 3. Th. Tit. 7.

78) *Princ. I. per quos agere poſſ. Cap. 1. de procurat. in 6to.* Dapp in dem angeführten Verſuch §. 125. ff. Danz §. 43. S. 114.

79) *L. 40. D. de reg. iur.* Dapp §. 126.

80) *L. 2. D. de reg. iur. §. 11. I. de Except. L. 54. D. h. t. L. 18. C. eod.*

genheiten zu beſorgen, z. B. wenn ſie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden; auch b) ſich ſonſt niemand ihrer annimmt, und c) beydes aus der vorausgegangenen Unterſuchung richtig befunden worden iſt [81]). 2) Kann auch eine Frauensperſon für die Freyheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder, oder auch ihres Mannes vor Gericht ſtreiten, wenn ſonſt niemand vorhanden iſt, der dieſes Geſchäft übernehmen will [82]). 3) Erlauben die Geſetze einer Mutter, für ihren Sohn gegen ein demſelben nachtheiliges richterliches Urtheil die Appellation einzuwenden [83]); ſo wie denn auch endlich 4) eine Frauensperſon zu ihrem eigenen Vortheil einen gerichtlichen Auftrag ohne Bedenken übernehmen darf [84]); dahingegen ſind auſſer dieſen Fällen Perſonen weiblichen Geſchlechts auch noch heutiges Tages ordentlicher Weiſe von gerichtlichen Procurationen ausgeſchloſſen [85]), weil ein Nichtgebrauch des römiſchen Rechts in Anſehung dieſer Lehre unerweislich iſt [86]). Minderjäh-

81) *L.* 41. *D. h. t.* Eine Mutter kann jedoch für ihr unmündiges Kind nicht ſelbſt vor Gericht handeln, ſondern ſie iſt in den Geſetzen angewieſen, um einen Vormund für das Kind zu bitten. *L.* 18. *C. h. t.*

82) *L.* 3. §. 2. *D. de liberali cauſa.* In Praxi wendet man dieß auch auf den Fall an, wenn von den oben genannten Perſonen jemand im Gefängniß iſt, und es auf deſſen Befreyung ankommt. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39.

83) *L.* 1. §. 1. *D. de appellat. recip. vel. non.*

84) *L.* 4. *C. h. t.*

85) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. IX. Obſerv. 81.

86) Anderer Meinung iſt zwar *Io. Tob.* CARRACH in Diſſ. de femina procuratrice ad litem. *Halae* 1751. §. 20. ſeqq. Allein man ſehe dagegen Dapp in dem angef. Verſuch §. 151.

jährige ſcheinen zwar nach dem römiſchen Rechte zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Geſchäften nicht ganz unfähig zn ſeyn, wenn ſie nur das ſiebenzehnde Jahr ihres Alters zurückgelegt haben [87]). Denn die Geſetze wollen nur nicht, daß ſie ohne Auftrag als Defenſoren zugelaſſen werden ſollen, weil hier der Minderjährige ſich gegen die geleiſtete Caution de iudicato ſolvendo wieder in den vorigen Stand könnte einſetzen laſſen, und dieſe Reſtitution auch den Bürgen zu ſtatten kommt, wodurch alſo das ganze proceßualiſche Verfahren vereitelt werden würde [88]). Dieſes iſt nun aber freylich nicht leicht zu befürchten, wenn der Minderjährige als Procurator vermöge erhaltenen Auftrags vor Gericht handelt, weil alsdann die actio iudicati gegen ſeinen Gewaltgeber angeſtellt wird [89]). Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo werden Minderjährige wenigſtens in dem päbſtlichen Rechte [90]) welches vorzüglich in Beſtimmung des proceſſualiſchen Verfahrens den Vorzug vor dem römiſchen Rechte behauptet [91]), für unfähig erklärt, das

87) *§. 5. I. Quib. ex cauſ. manumitt. non licet.* **L. 13. D.** *de manumiſſ. vindict.* GIPHANIUS ad L. 51. D. h. t. in *Lectur. Altorphin.* pag. 63. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. HUBER praelection. ad Pandect. h. t. §. 2. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccleſ. Proteſtant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 13. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 40. et 41. und beſonders *Io. Dan.* GRUBER Diſſ. de minore procuratore. *Halae* 1723. Anderer Meinung iſt jedoch Dapp §. 129.

88) *L. 51. pr. D. h. t.* GIPHANIUS ad h. L. nr. 2. ſeqq.

89) *L. 4. D. de re iudic.*

90) *Cap. 5. in fin. h. t. in 6to.*

91) CARPZOV P. III. Deciſ. 203. RITTERSHUS Differentiae iuris civ. et canon. Lib. V. cap. 12.

das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, und dieſes wird auch heutiges Tages nach der Meinung der practiſchen Rechtsgelehrten als Regel beobachtet [92]) Ferner ſind Ehrloſe nicht nur nach dem päbſtlichen [93]), ſondern auch nach dem römiſchen Rechte ausgeſchloſſen [94]). Zwar ſoll nach einer Verordnung des K. Juſtinians [95]) auf die Einrede der Ehrloſigkeit keine rechtliche Rückſicht genommen werden, wenn ſie auf einer weit ausſehenden Erörterung beruht, damit nicht das proceſſualiſche Verfahren in der Hauptſache dadurch aufgehalten werde, während dem über das Factiſche jener Einrede geſtritten wird. Allein wenn die vorgeworfene Ehrloſigkeit bekannt iſt, oder wenigſtens gleich erwieſen werden kann, ſo hat es keinen Zweifel, daß einem ſolchen Sachwalter nicht nur von der Gegenparthey deſſelben die Einrede der Ehrloſigkeit entgegen geſetzt, ſondern derſelbe auch ſogar von richterlichen Amtswegen weggewieſen werden könne [96]). Weiter ſollen auch diejenigen, welche die Gegenparthey an Macht, Reichthum und Anſehen übertreffen, (potentiores) nicht wider dieſelbe als gerichtliche Sachwalter zugelaſſen werden [97]).

Noch

92) BOEHMER c. l. §. 13. nr. II. pag. 908. BERGER Elect. diſceptat. for. Tit. III. Obſ. 2. HOFFMANN Diſſ. de origine et condit. procurator. Cap. IV. §. 7. pag. 43. WIESAND Opuſc. iurid. Specim. 9. Obſ. 1. pag. 113.

93) *Can.* 1. *et* 2. *Cauſ. III. Qu.* 7.

94) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. b. Dapp §. 131.

95) § *ult. I. de Exception.*

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19.

97) *Tot. Tit. Cod. ne liceat. potent.* WERNHER T. I. P. I. Obſ. 283. Dapp §. 153. Man pflegt jedoch ſolche Anwälde heut

zu

Noch weniger dürfen Soldaten, die noch in Dienſten ſtehen, Aufträge in gerichtlichen Sachen annehmen; ſie ſollten vielmehr, wenn auch die Gegenparthey deßfalls nichts eingewendet hätte, doch ſchon von richterlichen Amtswegen abgewieſen werden [98]). Es wäre denn, daß der Auftrag blos zu ihrem eigenen Vortheil gereichte, oder die Sache, deren gerichtliche Betreibung ſie übernommen, ihr Regiment oder Compagnie beträfe [99]). Hier müſſen ſie als Sachwalter zugelaſſen werden, auſſerdem aber nicht, wenn ſie auch nur für ihre leibliche Eltern oder für ihre Frau erſchienen [100]). Wäre jedoch dem Sachwalter weder von der Gegenparthey die Einrede der Unfähigkeit bey der Litiscontestation entgegen geſetzt, noch auch derſelbe vom Richter removirt worden, ſo iſt das proceſſualiſche Verfahren deßwegen nicht für ungültig zu halten [1]). Endlich ſollen ſich auch

Geiſt-

zu Tage zuzulaſſen, wenn gegen ihre Perſon nicht excipirt wird. *Mich. Gottfr.* WERNHER in lectiſſ. comment. ad Pand. h. t. §. 6.

98) *L.* 8. §. 2. *D. h. t. L.* 54. *D. eod.* §. 11. *I. de except.* L. 5. *C. de condict. cauſ. dat.* Der Grund dieſes geſetzlichen Verbots iſt ohnſtreitig der, damit nicht durch die Betreibung fremder gerichtlicher Angelegenheiten der Dienſt zum Nachtheil des Staats leiden möchte. *Pet. de* GREVE Exercitat ad Pandect. loca difficiliora. Exerc. IV. §. 13. pag. 100. Daher wird es den Veteranen, welche nach Endigung ihrer Dienſtzeit den Abſchied erhalten haben, ausdrückiich erlaubt, als Procuratoren vor Gericht zu handeln. *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

99) *L.* 8. §. 2. *D cit.*

100) §. 11. *I. de Except. L.* 7. *C. de procurator.*

1) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.* — niſi hoc, tempore litis conteſtatae, quocunque caſu praetermiſſum eſt. GIPHANIUS in Lecturis Altorph. pag. 18. nr. 18.

Geiſtliche mit gerichtlichen Procurationen weltlicher Rechtshändel nicht abgeben, weil darunter die ihnen obliegende Seelſorge leiden würde [2]). In Sachen ihrer Kirche, ſo wie auch für nahe Anverwandte, und mitleidswürdige Perſonen werden ſie jedoch als Sachwalter zugelaſſen, weil ihnen in ſolchen Fällen auch das Poſtuliren vor Gericht erlaubt iſt. (§. 363.) Daß übrigens ein Sachwalter noch unter der väterlichen Gewalt ſteht, hindert an ſich an der Zulaſſung vor Gericht nichts [3]); weil ein filiusfamilias in Sachen, die auſſer der Familie vorgehen, und wobey der Vater weder concurrirt, noch deßhalb verantwortlich wird, die Rechte eines freyen Hausvaters genießt [4]).

§. 394.

Wer kann einen Procurator beſtellen?

Das Recht, einen gerichtlichen Sachwalter zu beſtellen, kommt einem jeden zu, welcher Eigenthümer der in Frage ſtehenden ſtreitigen Rechtsſache iſt, in ſofern er deswegen entweder ſelbſt klagen, oder allein belangt werden kann [5]). Wer alſo die Fähigkeit vor Gericht zu handeln entweder gar nicht hat, oder wenigſtens nicht allein vor Gericht handeln kann, kann auch entweder gar keinen Sachwalter ernennen, oder ſolches wenigſtens nicht für ſich allein thun. Dahin gehören nun

1) die-

2) *Nov.* 123. *Cap.* 6. *Cap.* 2. *et* 4. *X. ne cler. vel monachi ſec. negot.*

3) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Ipſe quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.

4) *L.* 9. *D. de his, qui ſui vel alien. iuris ſunt.*

5) *L.* 8. *pr. D. h. t.* *L.* 17. *§.* 20. *D. de injur.* VOET h. t. §. 2. SCHULTING Prot. h. t. §. 4.

1) diejenigen Perſonen, welche unter der Vormundſchaft ſtehen. Von dieſen ſind

a) zur Beſtellung eines Sachwalters ganz unfähig: Raſende und Wahnwitzige, außer wenn dieſe Perſonen vernünftige Zwiſchenzeiten haben [6]; desgleichen Kinder, welche das ſiebende Jahr noch nicht zurück gelegt haben. Für dieſe handelt entweder der Vormund ſelbſt vor Gericht, oder er beſtellt ihnen einen Actor. Taube und ſtumme Perſonen gehören in dieſe Claſſe nur in ſofern, als ſie den gehörigen Gebrauch des Verſtandes nicht haben, ſonſt iſt ihnen nicht verboten, einen Procurator zu beſtellen, wenn ſie nur auf irgend eine Art im Stande ſind, ihren Willen zu erkennen zu geben [7]. Denn unter dieſer Einſchränkung können ſie Conſenſualcontracte ſchließen [8], folglich auch einen Auftrag in gerichtlichen Geſchäften ertheilen [9].

b) Nicht ohne vormundſchaftliche Einwilligung hingegen können einen gerichtlichen Sachwalter beſtellen,

1) Unmündige und Minderjährige [10]. Denn ſolche Perſonen ſind auch ohne Beyſtand ihrer Vormün-

6) Dapp §. 103.

7) *L.* 43. *pr. D. h. t.* Mutus et ſurdus *per eum modum, qui procedere poteſt*, (d. i. wie POTHIER in Pandectis Iuſtin. T. I. h. t. nr XIX. not f. ſagt: *quocunque modo ſuam poteſt de ea re declarare voluntatem*) procuratorem dare non prohibetur. Man ſehe auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

8) *L.* 4. §. 1. *D. de pact. L.* 48. *D. de Obligat. et act. L.* 124. *pr D. de Reg. iur.*

9) Dapp. §. 104.

10) *L.* 11. *Cod. h. t.*

münder nicht vor Gericht zu erſcheinen fähig [11]). Hätte indeſſen ein Minderjähriger auch allein und ohne ſeinen Curator einen Sachwalter beſtellt, und das Urtheil wäre in der Folge zu ſeinem Vortheil ausgefallen, ſo iſt daſſelbe deswegen nicht ungültig, und kann daher von dem Gegentheile aus dem Grunde, daß des Minderjährigen Sachwalter nicht auf die rechtsbehörige Art bevollmächtiget geweſen, und mithin die ganze Verhandlung deſſelben null und nichtig ſey, keinesweges angefochten werden [12]). Denn dieß wäre ganz gegen die Abſicht der Geſetze, nach welchen die Minderjährigen ihr Alter nur gegen Schaden ſchützen, aber nicht von dem, was ihnen zum Vortheil gereicht, ausſchließen ſoll. Aus dem nämlichen Grunde wird dieſes auch auf Pupillen ausgedehnt, wenn ſie ohne ihren Tutor einen Sachwalter bevollmächtiget haben ſollten, welcher Fall jedoch nicht leicht vorkommen wird [13]).

2) Gerichtlich erklärte Verſchwender [14]), und

3) Frauensperſonen an den Orten, wo die Geſchlechtscuratel eingeführt iſt [15]). Denn nach dem römiſchen Rechte können Frauensperſonen eben ſowohl einen Sachwalter allein beſtellen, als ſie allein klagen, und ſich wider eine Klage vertheidigen können [16]). Soviel hiernächſt

11) *Tot. tit. Cod. qui legit. perſ. ſtandi in iudic. hab. §. 2. I. de curator. L. 6. C. quomodo et quando iudex.*

12) *L. 14. C. h. t.*

13) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 35. Dapp §. 106.

14) *L. 1. D. de curat. fur. L. 1. C. eodem.*

15) LAUTERBACH in colleg. Pandectar. h. t. §. 36. Dapp §. 108—113.

16) STRYK in Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 17. Dapp §. 107.

2) diejenigen Perſonen anbetrift, welche noch unter väterlicher Gewalt ſind, ſo können dieſelben zwar in Sachen, welche das peculium profectitium oder adventitium ordinarium betreffen, zur Anſtellung einer Klage anders keinen Sachwalter beſtellen, als wenn der Vater abweſend, oder wahnwitzig iſt [17]), weil ſie nur unter dieſer Einſchränkung ſelbſt klagen können [18]); hingegen dürfen ſie zu ihrer Vertheidigung, wenn ſie in ſolchen Sachen die Stelle des Beklagten zu übernehmen haben, ſich nach Gefallen eines Sachwalters bedienen [19]); ſo wie es denn auch auſſer Zweifel iſt, daß ein filiusfamilias in Sachen, welche ſein peculium caſtrenſe, oder quaſi caſtrenſe oder adventitium irregulare betreffen, vorausgeſetzt, daß er das zur Verwaltung eines ſolchen Vermögens erforderliche Alter habe, nicht nur als Beklagter, ſondern auch als Kläger, einen Sachwalter bevollmächtigen könne [20]), weil er in ſolchen Sachen ſowohl belangt werden, als auch ſelbſt klagen kann [21]).

§. 395.

Wenn mehrere Sachwalter zu eben derſelbigen Sache beſtellet worden ſind, was iſt Rechtens?

Es kann nun nicht nur ein, ſondern es können auch mehrere zu Sachwaltern in einer und eben derſelben gericht-

17) L. 8. *princ. D. h. t.* Dapp §. 120. u. 121.

18) L. 18. *§.* 1. *D. de iudiciis.* Dapp §. 28. u. 29.

19) L. 8. *pr. D. h. t.* Ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorem dare.

20) L. 8. *pr. D. h. t.*

21) L. 8. *cit.* L. 4. *D. de iudic.* L. 52. *§.* 6. *D. de furt.* Dapp §. 30. u. 31.

richtlichen Sache beſtellet werden. Hier kommt es zuförderſt darauf an, ob dieſe mehreren Sachwalter alle als Hauptanwälde, oder ob nur der eine als Hauptſachwalter, der andere aber als Subſtitut, und in ſubſidium, beſtellet worden. In dem letztern Falle kann ſich der Subſtitut nicht eher einmiſchen, als wenn ſich entweder die Vollmacht bey dem erſtern, z. B. durch den Tod deſſelben, geendiget hat, oder dieſer ſonſt behindert wird, vor Gericht zu erſcheinen [22]). Sind ſie hingegen alle als Hauptſachwalter beſtellet worden, ſo iſt dieſes entweder von mehreren Theilnehmern an dem nämlichen Rechtsſtreite geſchehen, die ein getheiltes Intereſſe haben; oder die Ernennung der mehreren Hauptſachwalter iſt von einem geſchehen, den der ganze Rechtsſtreit allein angeht. In dem erſtern Falle iſt es jedem dieſer Theilnehmer erlaubt, in Rückſicht des ihm an dem ſtreitigen Gegenſtande zuſtehenden Antheils ſeinen eigenen Procurator zu beſtellen, ſo daß dieſe mehreren Sachwalter auch zugleich vor Gericht handeln können [23]). In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit, oder zu verſchiedenen Zeiten geſchehen iſt. In dem letztern Falle hebt die ſpätere Bevollmächtigung der Regel nach die erſtere auf [24]). Wenn hingegen der Eigenthümer

22) Jüngſt. Reichsabſchied von 1654. §. 100.

23) L. 31. §. 1. *D. h. t.* Unius litis plurium perſonarum plures dari procuratores, non eſt prohibitum. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. p. 27. nr. 5. ſeqq.

24) L. 31. §. 2. *D. h. t.* *Cap.* 14. *X. h. t.* Durch die Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, und deſſen Uebernehmung der Sache, wird die dem erſtern ertheilte Vollmacht ſtillſchweigend widerrufen. THOMASIUS in Diſſ. de revocatione taci-

thümer des Rechtsſtreites zu gleicher Zeit mehrere Hauptſachwalter zur ganzen Sache beſtellt, ſo kann zwar ſolches nach den römiſchen Rechten nicht mit der Wirkung geſchehen, daß ſie zugleich und mit einander vor Gericht handeln dürften; ſondern es wird nur einer allein vor Gericht zugelaſſen, und zwar ſchließt derjenige die übrigen aus, welcher ſich der Sache zuerſt unterzogen, und die Klage angeſtellt, oder die Vertheidigung des Gewaltgebers übernommen hat. [25]). Der Grund hiervon iſt, weil eines theils die Rechtsſache von einem Einzigen beſſer beſorgt werden kann, dahingegen alle zugleich einander nur hinderlich, dem Principal aber gar leicht nachtheilig seyn würden; andern Theils aber ſchien es auch unbillig zu ſeyn, die Lage des Gegners durch Beſtellung mehrerer Hauptſachwalter, mit welchen er es zugleich aufzunehmen hätte, zu erſchweren [26]). Aus dem nämlichen Grunde wird dieſes auch noch heutiges Tages bey den höchſten Reichsgerichten beobachtet, nach deren Praxi zu einer und eben derſelben Rechtsſache nicht mehrere Hauptſachwalter ernennt werden dürfen, ſondern die Vollmacht ſchlechterdings nur auf

tacita mandati iudicialis §. 26. OBERHAUSER Praelect. canonicae iuxta ord. Decretal. Lib. I. Tit. 38. §. 6.

25) L. 32. *D. h. t.* Pluribus procuratoribus in ſolidum ſimul datis, occupantis melior conditio erit: ut poſterior non ſit in eo, quod prior petit, procurator. Adde *L.* 24. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.*

26) DONELLUS in Commentariis iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 15. BRUNNEMANN ad L. 32. D. h. t. und *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. Anderer Meinung iſt jedoch *Ant.* FABER in Rational. ad L. cit. 32. D. h. t. Allein man ſehe STRYK Uſ. Mod. Pandectar. h. t. §. 25. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6.

auf einen Hauptſachwalter geſtellt ſeyn muß [27]). Allein das päbſtliche Recht [28]) weicht hierin vom röm. Rechte ab, nach welchem nicht nur mehrere Hauptſachwalter zu einer Sache bevollmächtiget werden können, ſondern auch gemeinſchaftlich vor Gericht handeln dürfen. Ob aber nicht auch nach dem päbſtlichen Rechte einer den andern ausſchließen könne, hängt von der Art ihrer Beſtellung ab. Sie ſind nämlich entweder unbeſtimmt oder beſtimmt beſtellet worden. Im erſtern Falle iſt anzunehmen, daß ſie zur gemeinſchaftlichen Beſorgung der ihnen übertragenen Rechtsſache beſtellet worden ſind, es kann daher keiner ohne den andern etwas in der Sache unternehmen [29]), wenn gleich der Gegentheil darein willigte, weil ſolches zum Nachtheil des Gewaltgebers gereichen möchte [30]); es müßte ihnen denn ſolches bey unvermeidlichen Hinderniſſen geſtattet ſeyn [31]). Sind hingegen die mehreren Hauptſachwalter auf eine beſtimmte Art beſtellet worden, ſo iſt ſolches entweder mit der Clauſel ſammt oder ſonders, (in ſolidum) oder mit der Clauſel ſammt und ſonders (ſi non omnes) geſchehen. In dem erſtern Falle können alle ſo gut, wie einer für alle, den Auftrag beſorgen, und zwar findet hier eine Prävention ſtatt. Iſt nämlich einer dem andern zuvorge-

27) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 27. Hanzely Fortſetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis im allgemeinen. Kap. 26. §. 173. S. 115 in der Anm. Dapp §. 290.

28) *Cap. 6. de procurator. in Vlto.*

29) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 714.

30) Dapp §. 255. Not. z. S. 180.

31) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 82. S. 347.

gekommen, und hat ſich der Sache allein unterzogen, ſo ſchließt dieſer hernach den andern ſo lange aus, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Nur wenn dieſer nicht mehr handeln kann oder will, ſo kann der andere die Sache fortſetzen [32]). In dem letztern Falle hingegen findet keine Prävention ſtatt, ſondern es kann der eine nur denn allein nnd ohne den andern handeln, wenn dieſer entweder verhindert iſt, oder aber ſonſt an der Sache keinen weitern Antheil nehmen will [33]). Dieſe Grundſätze des päbſtlichen Rechts nimmt auch nach dem Zeugniß bewährter Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch an [34]). Zwar meint Wernher [35]), daß heutiges Tages auch in dem Falle, da mehrere Hauptſachwalter in ſolidum mit der Clauſel ſammt oder ſonders beſtellet worden, die Prävention wegfallen müſſe, folglich derjenige Anwald, der ſich zuerſt der Sache unterzogen, den andern deswegen nicht ausſchließen könne, weil ſich die Vorſchrift ſowohl des römiſchen als päbſtlichen Rechts auf das dominium litis gründe, deſſen Wirkungen heut zu Tage ceßiren. Allein es iſt ſchon von andern dagegen richtig bemerkt

32) Claproth a. a. O. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 3. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürg. Proceſſes §. 43. S. 115.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. X. §. 55. ſagt: Clauſula *in ſolidum* in procuratoribus diviſionem et occupationem atque excluſionem infert; at clauſula *coniunctim et ſingulatim* magis intendit coniunctionem et ſimultaneam admiſſionem, in eventum autem et diviſionem admittit.

34) BOEHMER in iure eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 14. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 48. STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 27. u. a. m.

35) Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 38.

merkt worden, daß die Wirkung der Prävention vielmehr daher entſtehe, daß einer für alle beſtellet worden, und ſolche daher ſtatt finden könne, ohne ein Eigenthum des Rechtsſtreits annehmen zu dürfen [36]).

§. 396.

Vom procuratore in rem ſuam.

Der Auftrag zur Betreibung eines gerichtlichen Rechtsſtreites kann in mehreren Fällen das eigene Intereſſe des Sachwalters betreffen. Ein ſolcher Sachwalter, der zwar im Namen eines andern, aber doch zu ſeinem eigenen Nutzen, vor Gericht handelt, wird ein *procurator in rem ſuam* genennt. Dahin gehört 1) wenn ich dem Andern eine Forderung cedire, die er in meinem Namen einklagen, und, was er von dem Schuldner bekommt, behalten ſoll. Denn nach der Subtilität des römiſchen Rechts können Perſonalforderungen von der Perſon des erſten Gläubigers nicht gänzlich getrennt, und daher auf einen andern Gläubiger nicht dergeſtalt übertragen werden, daß dieſer in eigenem Namen die directe Klage gegen den Schuldner des Cedenten anſtellen könnte. Wenn ich alſo einem Andern eine Forderung verkauft, oder auf eine andere Art überlaſſen habe, ſo kann er zwar in ſeinem eigenen Namen actione utili klagen [37]), allein zur Anſtellung der directen Schuldklage muß ich ihm eine Vollmacht geben, daß er die Forderung, als mein Anwald, in mei-

36) BOEHMER in Diſſ. de dominio litis. Cap. III. §. 7. und Claproth Einleit. in den ordentl. bürg. Proceß 1. Th. §. 82. Not. 5. S. 349.

37) *L. 55. D. h. t.*

nem Namen ausklagt [38]). Ein ſolcher Ceſſionarius wird alſo hierdurch ein Procurator in rem ſuam. Denn wenn gleich ein ſolcher Sachwalter, in Abſicht auf die Wirkung des Auftrags, als Eigenthümer anzuſehen iſt, ſo daß er auch ſogar mit dem debitore ceſſo tranſigiren kann [39]); ſo iſt er doch in Anſehung des Gegenſtandes und des Rechts, aus welchem er klagt, ein wahrer Sachwalter, da er in dieſer doppelten Rückſicht in fremden Namen handelt [40]). Ein anderer Fall, wo der Procurator in rem ſuam als Kläger auftritt, iſt 2) der, wenn ein Minderjähriger ohne Auftrag ſich den Geſchäften eines Großjährigen unterzogen, und letztern durch ſchlechte Verrichtung in Schaden gebracht hat. In dieſem Falle muß der Minderjährige entweder ſelbſt gegen ſeine Handlungen die Reſtitution in den vorigen Stand ſuchen, oder ſein Recht dem andern dergeſtallt cediren, daß dieſer, als Procurator in rem ſuam, im Namen und ex mandato minoris die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen kann [41]). Es giebt nun aber auch Fälle, wo der Procurator in rem ſuam die Stelle des Beklagten vertritt. Dahin gehört, wenn die Führung des Rechtsſtreits einem ſolchen iſt aufgetragen worden, welcher den Principal rechtlich zu vertreten ſchuldig iſt, und welcher daher den-

38) *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani iuris Epitom. Lib. II. ad L. 13. §. 1. D. de hered. vel act. vend. pag. 460. Höpfer im Commentar über die Inſtitut. §. 992.

39) *L. 13. §. 1. D. de pact. L. 25. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.*

40) LAUTERBACH D. de procuratore in rem ſuam §. 7. ſeqq. GUNDLING Larva procuratori in rem ſuam detracta; in *Gundlingianis* St. 6. *nr.* 2. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 767.

41) *L. 24. pr. D. de minoribus.*

denſelben entſchädigen muß, wenn der Proceß verlohren wird. Man ſetze z. B. der Käufer habe den Verkäufer, oder der Bürge den Hauptſchuldner zur Vertretung aufgefordert, und ihn zum Sachwalter beſtellt [42]).

§. 397.

Welche Sachen können durch einen Procurator beſorgt werden, welche nicht?

Zur Beſtellung eines Procurators iſt nun nicht genug, daß der Gewaltgeber das Recht habe, einen Procurator zu beſtellen, und dieſer einen Auftrag in gerichtlichen Sachen annehmen könne, ſondern es wird auch erfordert, daß die vor Gericht zu verhandelnde Rechtsſache von der Art ſey, daß ſie einen Procurator zulaſſe. Um dieſes zu beurtheilen, iſt nun zwiſchen bürgerlichen und peinlichen Rechtsſachen ein Unterſchied zu machen. In Anſehung der erſteren gilt die Regel, daß in allen bürgerlichen Rechtsſachen ſowohl nach dem neuern römiſchen als heutigen Rechte Sachwalter zugelaſſen werden, wo nicht entweder die Geſetze ſelbſt eine Ausnahme machen, oder der Richter das perſönliche Erſcheinen der Partheyen aus hinlänglichen Gründen nach der Beſchaffenheit und den Umſtänden der vorliegenden Rechtsſache mit Recht fordern kann [43]). Die Fälle, in welchen

a) die

42) *L.* 42. §. 2. *D h. t.*

43) *L.* 26. *C. h. t.* In pecuniariis controverſiis, etſi ſpecialiter hoc praecepti vel ſententiae minime deſignat auctoritas, paſſim unicuique, ſi tamen ita maluerit, per Procuratorem reſpondendi tribuimus facultatem: niſi forte quosdam (iuſtiores nonnunquam ob cauſas) vehementior maximi iudicis vocabit auctoritas. Vid. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. pag. 95. et POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XV. Not. m. pag. 103.

a) die Geſetze bey dem proceſſualiſchen Verfahren vermöge einer ausdrücklichen Ausnahme keinen Sachwalter zulaſſen, ſind folgende:

1) Konnte derjenige, welcher bey den Römern eine Volksklage (actionem popularem) anſtellte, dazu keinen Procurator beſtellen[44]). Denn da nach der Natur dieſer Klagen jeder von dem Volke ein Recht zu deren Anſtellung hatte, ſo ſchien es unſchicklich zu ſeyn, denjenigen als Procurator handeln zu laſſen, der nach den Geſetzen in eigenem Namen klagen konnte[45]). Eine Ausnahme fand jedoch in dem Falle ſtatt, wenn mit dem öffentlichen Wohl auch der Privatnutzen des Klägers verbunden war, wo alsdann der Kläger, jedoch nicht anders, als nach vorhergegangener Unterſuchung der Sache, ſich eines Sachwalters bedienen durfte[46]).

2) Wird auch bey dem Interdict, wodurch ein Vater ſeine Kinder zurückfordert, kein Sachwalter zugelaſſen, auſſer wenn nach einer deßhalb angeſtellten Unterſuchung ſich befunden, daß der Vater durch Krankheit oder eine andere rechtmäſige Urſache verhindert werde, die Sache ſelbſt vor Gericht zu betreiben, und überdem der Sachwalter einen beſondern Auftrag beweiſen könnte[47]).

3) Muß der Regel nach ein jeder Eid von derjenigen Parthey in Perſon abgeſchworen werden, welcher er zugeſchoben oder auferlegt worden iſt, und es wird kein Sach-

44) *L. 5. D. de popul. act.*

45) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 16.

46) *L. 42. L. 45. §. 1. D. h. t. L. pen. D. ne quid in loc. publ. L. 3. in fin. et L. 6. D. de ſepulchro. viol.*

47) *L. 40. pr. D. de procurat.*

Sachwalter zugelaſſen, wenn er gleich zur Eidesleiſtung beſonders bevollmächtiget worden wäre[48]); es wäre denn, daß die Gegenparthey darein willigte; oder der Eid gleich Anfangs dem Sachwalter zugeſchoben worden; oder die beſondern Geſetze oder der Gerichtsgebrauch eines Landes die Eidesleiſtung durch einen Procurator zulieſen[49]).

b) Der Richter kann nun aber, auch auſſer jenen Fällen, das Erſcheinen der Partheyen in Perſon vor Gericht verlangen, ſo oft ein hinlänglicher Grund dazu vorhanden iſt[50]). Dahin gehört,

1) wenn die ſummariſche Beſchaffenheit des Proceſſes entweder ein mündliches Verfahren mit ſich bringt, oder ſonſt die perſönliche Gegenwart einer Parthey nothwendig macht. Dieſes iſt der Fall,

a) beym Conſiſtorialproceß, wenn es beſonders in Eheſachen auf den Verſuch der Güte unter den ſtrei-

48) *L.* 12. *§.* 4. *Cod. de reb. cred. et iureiur. Nov.* CXXIV. *cap.* 1. *L.* 9. §. 6. *D. de iureiur.* MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 94. Claproth Einleitung in den ord. bürg. Proceß 2 Th. §. 332. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 182. u. 183. und PÜTTMANN Elector. Cap. IV.

49) Auch an den beyden höchſten Reichsgerichten werden Eidesleiſtungen durch beſonders dazu bevollmächtigte Anwälde ohne Anſtand zugelaſſen. S. TAFINGER Inſtitut. iurisprud. cameral. Sect. IV. Tit. I. §. 822. und Pütters Erörterungen und Beyſpiele des teutſchen Staats- und Fürſtenrechts I. Bandes IV. Heft Nr. X. S. 457. folg.

50) *Cap. I. de iudiciis in VIto. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 711. und Ge. Jac. Fried. Meiſter in den practiſchen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band 26. Bemerk. S. 273.

ſtreitenden Theilen ankommt [51]), oder derſelbe auch ſonſt nach der beſondern Conſiſtorialordnung eines Landes ein mündliches Verfahren mit ſich bringt [52]).

b) Beym Wechſelproceß, wo nach wirklich geſchehener, oder für geſchehen angenommener Anerkennung der bey der Wechſelklage zum Grunde liegenden Urkunden, im Falle nicht bewirkter Zahlung ohne Aufſchub mit der Captur des Schuldners verfahren wird. Aus dieſem Grunde muß der Wechſelſchuldner ſchlechterdings in Perſon erſcheinen, dahingegen der Wechſelgläubiger ſich unſtreitig eines Sachwalters bedienen kann [53]).

c) In den militäriſchen Gerichten, in welchen, wofern nicht etwa die Wichtigkeit der Sache ein anders erheiſcht, Anwälde nicht leicht zugelaſſen werden [54]). Endlich

e) in Bagatellſachen [55]). Sodann kann auch

2) der Richter auf das Erſcheinen in Perſon vor Gericht in dem Falle erkennen, wenn eine Parthey auf die perſönliche Gegenwart ihrer Gegenparthey ein gegründetes Recht hat, und bey dem Gebrauche deſſelben beharren will.

51) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LIII. med. 5. und BOEHMER c. l. §. 711. Not. b.

52) S. Meiſter in den angef. pract. Bemerk. 2. B. 26. Bem. nr. 10.

53) *Chriſt. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iur. cambialis XVII. de proceſſu cambiali Sect. IV. §. 16. PESTEL Diſſ de procuratoribus §. 7. Püttmanns Grundſ. des Wechſelrechts §. 170. Not. a. und Danz Grdſ. der ſummariſchen Proceſſe §. 45. Not. c. *)

54) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LIII. med. 1.

55) LEYSER Specim. cit. medit. 2.

will. Dieß iſt der Fall in Injurienſachen, wenn es auf Leiſtung des Widerrufs, oder einer Abbitte und Ehrenerklärung ankommt, wobey zwar von Seiten des Klägers ein Sachwalter angenommen wird, wenn er dazu beſonders bevollmächtiget iſt, der Beklagte aber in Perſon erſcheinen, und jene Handlung ſelbſt verrichten muß, wenn den Umſtänden nach darauf erkannt worden iſt [56]). Es wäre denn, daß der Beleidigte in die Zulaſſung eines Sachwalters willigte [57]).

In Anſehung der peinlichen Sachen iſt ein Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und heutigen Rechte zu machen. Nach dem erſtern ſoll weder von Seiten des Anklägers, noch von Seiten des peinlich Angeklagten ein eigentlicher Sachwalter zugelaſſen werden [58]). Denn bey dem Ankläger hinderte die dem Anklageproceß eigene inſcriptio in crimen die Zulaſſung eines Anwalds, weil der Ankläger ſich zur poena talionis verpflichten mußte [59]). Auf Seiten des Angeklagten hingegen war darum kein Sachwalter zuläſſig, weil der Procurator nach der röm. Proceßordnung dominus litis werden mußte, folglich die Sentenz gegen den Anwalt hätte geſprochen, und dieſer in

56) LEYSER Vol. III. Specim. DXLIII. med. 2. Quiſtorps Grundſätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 326. u. 327. und Weber über Injurien und Schmähſchriften 2. Abth. S 37.

57) Dapp über die Legitimation zum Proceß §. 184. Not. i. S. 141.

58) L. 13. §. 1. *D. de publ. iudic.* L. 11. *in fin. C. de iniur. Pet. de* TOULLIEU in Collectan. iuris civ. Diſſ IV. Cap. 1. pag. 164. ſeq. *I. H.* BOEHMER D. de poteſtate procuratoris in cauſis criminalibus. *Halae* 1726. rec. 1735. Dapp in dem angef. Verſuch §. 185—216.

59) L. 7. *D. et* L. *fin. C. de accuſat.*

in die Strafe verurtheilt werden müſſen, welches doch offenbar ungereimt, und gegen die Regel geweſen wäre, quod reatus ſuum teneat auctorem[60]. Jedoch war es einem jeden erlaubt, die Vertheidigung für den peinlich Angeklagten zu übernehmen, wenn er auch in keinem beſondern Verhältniß mit demſelben ſtand[61]; weil ein ſolcher Defenſor nicht ſowohl als Sachwalter des peinlich Angeklagten auftrat, ſondern vielmehr als ein ſolcher betrachtet wurde, welcher die Rechte der Menſchheit vertheidigte[62]. Denn daß kein Unſchuldiger verurtheilt werde, iſt eine Sache, woran der ganzen Menſchheit gelegen iſt[63]. Nach dem heutigen peinlichen Rechte wird nun zwar dem Ankläger der Regel nach der Gebrauch eines Sachwalters geſtattet[64], da das vinculum inſcriptionis in crimen in Teutſchland wegfällt[65]; es ſind aber doch auch überhaupt diejenigen Fälle billig auszunehmen, da nach der beſondern Beſchaffenheit der Sache ſelbſt die Gegenwart der Perſon unumgänglich erfordert wird[66]. Soviel hingegen den peinlich Beklagten oder Angeſchuldigten betrift, ſo wird auch heutiges Tages bey den Haupthandlungen des peinlichen Proceſſes, welche ohne die perſönliche Gegenwart des peinlich

60) BOEHMER cit. Diſſ. §. 6.

61) L. 33. §. 2. *D. h. t.* L. 3. *Cod. de accuſat.*

62) BOEHMER cit. Diſſ. §. 11. 12. et 13.

63) L. 6. *D. de appellat.* wo es heißt: credo enim *humanitatis ratione* omnem provocantem audiri debere. und in der L. 33. *cit. h. t.* wird geſagt: *Publice utile eſt*, abſentes a quibuscunque defendi: *nam et in capitalibus iudiciis defenſio datur.*

64) Peinliche Gerichtsordn. Carls V. Art. 12. u. 14.

65) BOEHMER cit. Diſſ. §. 34.

66) von Quiſtorp Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 551.

lich Angeſchuldigten nicht vorgenommen werden können, ohne Unterſchied, es ſey vom Unterſuchungs- oder Anklageproceß die Rede, kein Sachwalter zugelaſſen, und daher z. B. bey der Antwort auf die peinlichen Artikel, Ablegung des Reinigungseides, Tortur, Territion, Confrontation, u. d. ſchlechterdings erfordert, daß der Angeſchuldigte in Perſon erſcheine[67]). Iſt hingegen von bloſen Nebenhandlungen und ſolchen Sachen die Rede, die, der Gerechtigkeit unbeſchadet, eben ſowohl durch einen Anwald betrieben werden können, und wo es auf kein Verhör, ſondern etwa nur auf Entſchuldigung der Abweſenheit, oder Auswirkung eines ſichern Geleits, oder ein Friſtgeſuch u. d. ankommt, ſo iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß in ſolchen Fällen von Seiten des peinlich Angeſchuldigten ein Sachwalter zuzulaſſen ſey[68]).

§. 398.

In welchen Fällen müſſen Partheyen in ihren gerichtlichen Rechtsangelegenheiten einen Sachwalter beſtellen? und in welchen kann ein Anwald zur Betreibung gerichtlicher Sachen genöthiget werden.

Iſt nun eine Sache von der Art, daß ſie einen Procurator zuläßt, ſo ſteht es zwar der Regel nach in der freyen Willkühr einer jeden Parthey, ob ſie ihre Rechtsangelegenheiten, vorausgeſetzt, daß ſie dazu fähig ſey, ſelbſt vor Gericht beſorgen, oder zur Betreibung derſelben einen Sachwalter beſtellen will. Es giebt indeſſen Fälle, da die Partheyen einen Anwald beſtellen müſſen. Dahin

67) Weſtphals Criminalrecht. Anmerk. 118. Dapp §. 229.

68) KOCH Inſtitut. iur. crim. §. 704. Quiſtorp a. a. O. Dapp §. 230.

Dahin gehört 1) nach dem römiſchen Rechte der Fall, wenn die Partheyen perſonae illuſtres ſind [69]). Um dieſes recht zu verſtehen, iſt zu bemerken, daß man zu den Zeiten der orientaliſchen Kaiſer die höhern obrigkeitlichen Würden und Staatsbedienungen in drey verſchiedene Claſſen abtheilte, welche man durch beſondere Titel dergeſtallt bezeichnete, daß einige magiſtratus den Titel *illuſtres* führten, andere *clariſſimi*, und noch andere *ſpectabiles* genennt wurden. Zu den *Illuſtribus* gehörten vorzüglich der Praefectus urbi, die Praefecti praetorio, conſules, und magiſtri militum, zu den *clariſſimis*, die comites conſiſtoriani, Rectores provinciarum, Praeſides und Conſulares; endlich zu den *Spectabilibus*, der Praefectus auguſtalis, die Proconſules, Comes orientis, et cuiuslibet tractus Vicarii [70]). Nun ſollen zwar nach der *L*. 25. *C. h. t.* nicht blos illuſtres, ſondern auch andere vornehme Staatsbediente, welche zu den clariſſimis und ſpectabilibus gehörten, die ſie betreffenden Rechtsangelegenheiten durch einen Procurator vor Gericht beſorgen laſſen. Denn eines Theils glaubte man, daß dadurch ihre hohe Würde herabgeſetzt und verkleinert werde, wenn ſolche Perſonen ſelbſt vor Gericht erſcheinen wollten, weil ſie alsdann, gleich andere ſtreitenden Partheyen, vor Gericht ſtehen müßten; andern Theils beſorgte man auch, daß der Richter durch ihre Gegenwart gar leicht an der unbefangenen Unterſuchung der Sache gehindert, und diſtrahirt werden könnte [71]). Allein Juſtinian hat dieſes

Geſetz

69) *L*. 25. *C. h. t. Nov*. *LXXI*. *cap*. 1.

70) *Iac*. GUTHERIUS de officiis domus auguſtae Lib. I. cap. 4. *Iac*. GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theodoſ. Tom. I. Lib. III Tit. 11. pag. 335. edit. *Ritter*.

71) Dieſe Gründe führt Juſtinian in *Nov*. 71. *cap*. 1. ſelbſt an. Man ſehe auch GIPHANIUS ad L. 25. C. h. t. in Lectur. Altorph. pag. 95.

Geſetz hernach blos auf die *magnificentiſſimos Illuſtres*, wie er ſich ausdrückt[72]), eingeſchränkt, weil unter den clariſſimis und comitibus manche ſich befänden, denen es am Vermögen fehle, um die zur Beſtellung eines Procurators erforderliche Koſten beſtreiten zu können. Man ſieht hieraus, daß ſich dieſe römiſchen Verordnungen blos auf die beſondere Verfaſſung des römiſchen Staats beziehen, und daher von ihnen kein Gebrauch zu machen ſey, wenigſtens laſſen ſich die Rechte der illuſtren Perſonen in Teutſchland darnach nicht beurtheilen[73]). 2) Müſſen mehrere Streitgenoſſen einen gemeinſchaftlichen Anwald beſtellen, ſofern ſonſt die Inſinuation der gerichtlichen Verordnungen, welche jedem beſonders geſchehen müßte, mit zuviel Weitläuftigkeit verknüpft ſeyn würde. 3) Wenn ganze Corpora und Gemeinheiten litigiren, die ihrer Natur nach nicht in Perſon erſcheinen können. 4) Wenn Jemand an dem Orte, wo der Rechtsſtreit geführet wird, nicht wohnhaft iſt. Endlich 5) wenn nach der Verfaſſung des Gerichts, wo der Rechtshandel ſchwebt, die Beſtellung eines Anwalds nothwendig iſt[74])). Der Regel nach kann nun aber auch auf der andern Seite kein Sachwalter wider ſeinen Willen genöthiget werden, eines an-

72) *Nov.* 71. *cit.*

73) S. RITTERSHUSIUS in Expoſit. Novellar. P. IX. Cap. 9. nr. 15. ſeqq. pag. 556. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 13. BEIER Poſition. ad Pand. h. t. nr. 16. *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 8. Anderer Meinung iſt jedoch PESTEL in Diſſ. de procuratoribus §. 5.

74) Nettelbladt in dem Verſuch einer Anleitung zur ganzen practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 121. und Malblank in der Anleitung zur Kenntniß der teutſchen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Canzleyverfaſſung. 3. Th. §. 65.

dern Rechtsſache vor Gericht zu beſorgen[75]). Eine Ausnahme findet jedoch 1) bey öffentlich verpflichteten Procuratoren ſtatt, welche ohne erhebliche Urſache keinen Auftrag in gerichtlichen Sachen ablehnen dürfen[76]). Auſſerdem iſt es 2) Pflicht eines jeden Procurators, welcher im Namen des Klägers vor Gericht handelt, daß er billig auch deſſelben Vertheidigung übernehme, wenn etwa von dem Beklagten gegen ihn eine Widerklage angeſtellet worden wäre[77]); und hierzu ſind nach Vorſchrift der Geſetze auch muthmaßliche Sachwalter verpflichtet[78]). Ja ſogar einem Procurator in rem ſuam liegt die Verbindlichkeit ob, den Cedenten, in deſſen Namen er klagt, zu vertheidigen, wofern nicht etwa die Ceſſion ex neceſſitate, wie **Ulpian**[79]) ſagt, das iſt, wie man es gewöhnlich erklärt, ex cauſa oneroſa, z. B. vermöge eines ge-

75) *L.* 8. §. 1. *D. et L.* 17. *C. h. t.*

76) Reichs-Cammergerichtsordn. 1. Th. Tit. 19. §. 5. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 10.

77) *L.* 33. §. 3. et 4. *D. h. t.* Dieſen iſt *L.* 17. *C. h. t.* nicht entgegen, man ſehe *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XI. Daß dieſes auch noch heutiges Tages gelte, weil es nicht in dominio litis, ſondern in der Natur des mandati ad litem ſeinen Grund hat, zeigt *I. H.* BOEHMER in Diſſ. de dominio litis. Cap. III. §. 16.

78) *L.* 35. *D. h. t.*

79) *L.* 33. §. *fin. D. h. t.* Si quis in rem ſuam Procurator interveniat, adhuc erit dicendum, debere eum defendere, (ſc. *eum, cuius nomine experiatur*); niſi forte *ex neceſſitate* fuerit factus.

80) So verſtehen dieſe Worte CUJACIUS ad L. cit. GIPHANIUS in Lectur. Altorph. pag. 32. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Diſp. IX. Theſ. I. Lit. A. POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XXXIII.

geſchloſſenen Kaufs, geſchehen wäre [80]), oder, welches nach der Erklärung anderer Rechtsgelehrten [81]) dem Sinne jener Worte gemäßer zu ſeyn ſcheint, der Procurator in rem ſuam ſich eine Ceſſion an Zahlungsſtatt hätte gefallen laſſen müſſen, um dadurch ſeine Forderung zu erhalten [82]), oder die Ceſſion ſonſt zur Deckung eines Regreſſes geſchehen wäre [83]). Denn unter ſolchen Umſtänden kann man es dem Procurator der Billigkeit nach nicht zumuthen, daß er ſich auf die ſeinen Principal betreffende Reconvention einlaſſe, und denſelben deshalb vertheidige. Eben dieſe Verbindlichkeit fällt aber auch alsdann weg, wenn der Procurator in rem ſuam nicht im Namen ſeines Gewaltgebers, ſondern, wie ihm freyſteht [84]), actione utili im eigenen Namen klagt [85]).

 Denn

XXXIII. not. a. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Cent. II. Qu. 48. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 12. u. a. m.

81) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 87. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 33. §. 5. D. h. t. und VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. V. Tit. I. §. 84.

82) Z. B. wenn der Gläubiger von ſeinem Schuldner eine Forderung an Zahlungsſtatt hat annehmen müſſen; oder wenn bey einer Erbtheilung die Auseinanderſetzung der Miterben nicht anders möglich war, als daß Einem zu ſeinem Erbtheil ein Capital zuerkannt werden mußte. *L.* 3. *D. Famil. erciſc.*

83) Z. E. Wenn ſich einer von den mehrern Bürgen, welcher auf die Bezahlung der ganzen Schuld belangt worden, die Rechte des Gläubigers hat cediren laſſen, um ſeinen Regreß gegen die übrigen Mitbürgen nehmen zu können.

84) *L.* 16. *D. de pact.* *L.* 55. *D. de procurat.*

85) Von dieſem Falle iſt ohnſtreitig die *L.* 34. *D. h. t.* zu verſtehen, wo es heißt: Si quis in rem ſuam procuratorio nomine agat, velut emtor hereditatis, an debeat invicem venditorem defen-

Denn auf dieſen Fall gehet das Edict des Prätors nicht, welches, ſo wie Ulpian[80]) die Worte deſſelben aufbehalten hat, ſchlechterdings vorausſetzt, daß der procurator in rem ſuam im Namen ſeines Gewaltgebers die ihm cedirte Klage anſtelle. Es muß nur aber freylich die Ceſſion ohne Gefährde, und nicht etwa blos in der widerrechtlichen Abſicht geſchehen ſeyn, um die Gegenforderung des Beklagten, welcher deßhalb eine Widerklage anſtellen wollte, zu vereiteln.

§. 399.

Legitimation des Procurators. Falſcher Sachwalter. Wie lange findet Ratihabition ſeiner Handlungen ſtatt?

Ein Sachwalter muß nun auch ſeine Zuläſſigkeit, im fremden Namen vor Gericht zu handeln, ſowohl dem Richter, als dem Gegner ſeines Principals auf rechtsbehöri-

defendere? et placet, ſi bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, geſtum ſit negotium, non oportere eum invicem defendere, wie *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. Lib XII cap. 10. überzeugend dargethan hat, welcher daher nicht ohne Grund ſtatt *procuratorio nomine*, vielmehr Procurator proprio nomine lieſet. Ihm folgen hierin *Ger.* NOODT cit. loc. *Ant* SCHULTING in Enarrat part. I. Digeſtor. h. t. §. 14. und *Bern. Henr.* REINOLD Varior. ad ius civ. pertinent. Cap. XVIII. in *Opuſcul.* a IUGLERO edit. pag. 140 ſqq. Andere erklären jedoch die L. 34. von einem ſolchen Procuratore in rem ſuam, der ex ceſſione titulo oneroſo facta die directe Klage anſtellt. S. DONELLUS in Commentar iuris civ. Lib. XVIII. cap. 13. pag. 1049. VOET c. l. POTHIER h. t. nr. XXXIII. und *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſ. P. I. Deciſ. XIV. nr. 6.

86) *L. 33. §. 3. D. h. t.*

hörige Art darzuthun im Stande ſeyn, welches man die Legitimation zum Proceß nennt. Dieſe gehört zu dem Weſentlichen des proceſſualiſchen Verfahrens, und iſt ſo nothwendig, daß deren Verabſäumung eine Nichtigkeit in Anſehung des ganzen Proceſſes nach ſich zieht [87]). Daher kann die Berichtigung der Legitimation nicht nur von den Partheyen in jedem Theile des Proceſſes, ja ſelbſt noch bey der Execution urgiret werden [88]); ſondern es gehört auch zum Amt des Richters, den Mangel in Anſehung derſelben abzuhelfen, wenn auch gleich ſolcher von keiner Parthey wäre in Anregung gebracht worden [89]). Die Legitimation der Sachwalter iſt jedoch verſchieden, je nachdem dieſelben entweder vermöge eines wirklich ertheilten, oder nur vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, wovon der folgende Paragraph ein mehreres enthält. Wer ſich auf keine Weiſe zum Proceß zu legitimiren im Stande iſt, ſondern ſich fälſchlich für einen Sachwalter ausgiebt, ohnerachtet er weder einen wahren noch muthmaßlichen Auftrag für ſich hat, wird ein falſcher Sachwalter genennt [90]), obwohl auch

87) J. R. A. §. 121. u. 122. *Cap.* 4. *X. de procurat.* Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 2. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 20. nr. 4.

88) *Cap.* 4. *X. h. t. I. H* BOEHMER in iure eccl. Proteſt. Lib I. Tit. 38. §. 17. Dapp §. 5.

89) *Cap.* 12. *X. de exept.* WERNHER Obſervat. for. T. II. P. VI Obſ. 374. *Fratr* BECMANNORUM Conſil. et Deciſiones P. I. Deciſ. 16. nr 9. Dapp. §. 6.

90) In den Geſetzen wird zwiſchen einem *procurator falſus* und *non verus* ein Unterſchied gemacht, und unter dem erſtern ein ſolcher verſtanden, welcher weiß, daß er mit keiner Vollmacht verſehen iſt, und doch eine ſolche zu haben fälſchlich vorgiebt; letz-

auch derjenige dieſen Namen verdient, welcher nach recht=
mäſig geendigter Vollmacht ſeine Verhandlungen wiſſent=
lich vor Gericht fortſetzt, gleichſam als wenn gar keine
Revocation erfolgt wäre [91]). Ein ſolcher falſcher Sach=
walter haftet nicht nur für allen Schaden und Inter=
eſſe [92]); ſondern es ſind auch die Handlungen deſſelben
ipſo iure nichtig [93]), und ihnen kann die exceptio falſi
procuratoris in jedem Theile des Proceſſes entgegengeſetzt
werden [94]), ſofern nicht die Parthey, für welche der fal=
ſche Sachwalter vor Gericht gehandelt hat, deſſelben Hand=
lungen genehmiget [95]). Eine ſolche Ratihabition findet
nun zwar ſo lange noch immer ſtatt, als noch kein rich=
terliches Erkenntniß in der Sache erfolgt iſt; weil als=
dann noch lis pendens iſt, und daher wegen des unge=
wiſſen

letzterer hingegen wird derjenige genennt, welcher bona fide glaubt, einen Auftrag zu haben, ob er ſich gleich hierin irrt. Man vergleiche *L. 12. D. de ſolut.* Doch findet man, daß auch ein procurator non verus zuweilen *falſus* genennet wird. *L. 8. C. de condict. indebiti.* Man ſehe *Ios. Fern. de* RETES Opuſcul. Lib. II. Sect. II. cap. 4. (in *Theſ. Meermann* Tom. IV. pag. 127.) und WALCH ad *Eckhardi* hermeneut. iur. Lib. I. cap. V. §. 178. pag. 346.

91) *Cap. 4. X. h. t. Burck.* BARDILI Diſſ. de falſo procuratore. Cap III. §. 23. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 717.

92) Danz Grundſätze des ordentlichen bürgerlichen Proceſſes §. 127. not. d.

93) *L. 27. pr. D. et L. 24. C. h. t. L. 1. C. quib. res iudic. non nocet.*

94) *Cap. 4. X. h. t.* BARDILI cit. Tract. Cap. VII. §. 74. BOEHMER cit Princip. §. 717. in fin.

95) *Hieron. Frid.* SCHORCH Diſſ. de ratihabitione geſtorum a falſo procuratore. *Erford.* 1732.

wiſſen Ausganges des Proceſſes noch kein Theil ein ius quaeſitum hat, welches ihm durch die Ratihabition des andern Theils entzogen würde [96]). Allein iſt die Genehmigung erſt nach der Sentenz des Richters erfolgt, ſo kommt es nach der gewöhnlichen Lehre darauf an, ob die Sentenz zum Vortheil der Parthey des falſchen Procurators ausgefallen iſt, oder nicht. Ob nun gleich in dem letztern Falle die Ratihabition ohne Zweifel auch noch poſt ſententiam ſtatt findet, weil der Principal dadurch niemandem, als ſich ſelbſt, präjudicirt [97]); ſo behauptet man doch in dem erſtern Falle faſt allgemein, daß das richterliche Urtheil durch die erfolgte Genehmigung keine gültige Kraft erhalten könne, weil die Gegenparthey von dem Augenblicke an, da die Sentenz pro falſo procuratore geſprochen worden iſt, ein Recht erworben haben ſoll, ſie als nichtig anzufechten, welches Recht ihr durch die Ratihabition, die von dem Principal des falſchen Sachwalters blos zu ſeinem Vortheil geſchehen iſt, nicht wieder entzogen werden könne [98]). Man nimmt indeſſen doch den Fall aus, wenn die Gegenparthey des falſi procuratoris wohl gewußt, daß derſelbe ſich auf keine Weiſe durch

96) *L.* 56. *D. de iudiciis.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10. circ. fin. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Dig. h. t. §. 28. WESTENBERG in Princip. iur. ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 14. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. in Reſp. ad object. 2.

97) *L.* 3 §. *ult. D. rem rat. haberi. L.* 1. *C. quib. res iudic. L.* 3. *C. quom. et quando iudex.*, FRANTZKIUS in Commentar. ad Dig. h. t. nr. 28.

98) LAUTERBACH c. l. §. 28. HUBER in Praelect. iuris civ. h. t. §. 8. PEREZ in Cod. h. t. nr. 14. STRUV in Syntagmat. iur. civ. Exercit. VII. Th. 27. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. nr. 17. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 257. u. a. m.

durch einen Auftrag derjenigen Parthey zu legitimiren vermöge, für welche er vor Gericht gehandelt hat, und als Sachwalter dennoch zugelaſſen worden iſt. Denn in dieſem Falle müßte ſichs der Gegentheil ſelbſt zuſchreiben, daß er, ohne Widerſpruch, ſich mit demſelben in einen Proceß eingelaſſen, und da es ihm frey ſtand, auf Legitimation zu dringen, ſo habe er durch ſein Stillſchweigen deſſelben Handlungen ſelbſt anerkannt [99]). Dieſe gemeine Lehre der Rechtsgelehrten iſt indeſſen nicht auſſer Zweifel, wenn man erwägt, a) daß Ulpian [100]) ohne allen Unterſchied ſagt: ſi quis, cum procurator non eſſet, litem ſit conteſtatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta; und b) daß die Geſetze die Handlungen des falſchen Sachwalters blos zu Gunſten desjenigen für nichtig erklären, deſſen Geſchäften ſich derſelbe unterzogen hat, ſo daß der Eigenthümer dasjenige, was ohne ſeine Einwilligung von demſelben vor Gericht geſchehen, nicht anzuerkennen ſchuldig iſt. Es würde alſo eine exceptio de iure tertii ſeyn, wenn der Gegentheil auf die Nullität des gerichtlichen Verfahrens in dem Falle dringen wollte, da der Principal des falſchen Sachwalters die Handlungen deſſelben durch ſeine Ratihabition zu ſeinem Vortheil anerkennen will. Denn was zu Gunſten einer Parthey verordnet iſt, darf doch auch nicht zu ihrem Nachtheil ausgelegt werden [1]). Uebrigens

99) *de* COCCEJI c. l. reſp. 1. ad inſtant. 3. et EMMINGHAUS ad *Eundem* h. l. not. w. Anderer Meinung iſt jedoch MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. XXVII. not. η.

100) *L. 56. D. de iudiciis.*

1) Man ſehe hier vorzüglich MEVIUS T. I. P. V. Deciſ. 98. et Tom. II. P. VI. Deciſ. 139. SCHORCH cit. Diſſ. §. 14 ſeqq. und *Io. Gottl.* WEIDLER Exercit. iurid. de negotiis a falſo procura-

gens kann die Genehmigung nicht nur ausdrücklich, ſondern auch ſtillſchweigend geſchehen. Dahin gehört z. B. wenn der Eigenthümer einen von den Verhandlungen des falſchen Sachwalters abhängigen actum vornimmt, oder gegen die ihm nachtheilige Sentenz, ohne auf die Nichtigkeit derſelben zu provociren, blos eine Appellation bey der höhern Inſtanz interponirt [2])

§. 400.

Wie geſchieht die Legitimation eines Sachwalters? von Einrichtung der Vollmachten.

Soviel hiernächſt die Art betrift, wie die Legitimation eines Sachwalters bewirkt wird, ſo hängt dieſe von der Beſtellungsart deſſelben ab. Ein Sachwalter handelt nämlich entweder vermöge eines wirklich ertheilten oder vermutheten Auftrags vor Gericht. In dem letztern Falle beſteht die Legitimation darin, daß der Sachwalter erweißlich mit dem Principal, für welchen er erſcheint, in einem ſolchen Verhältniß ſtehe, daß nach Maasgebung der Geſetze ein Auftrag vermuthet werden kann, (§. 388.) und daß er die erforderliche Sicherheit beſtelle; ich werde von dieſer Sicherheitsbeſtellung §. 404. handeln. In dem erſten Falle hingegen geſchieht die Legitimation durch Beybringung einer zu Recht beſtändigen Vollmacht. Dieſe kann nun entweder mündlich oder ſchriftlich ertheilet werden. Erſteres geſchieht, wenn der Gewaltgeber im Gericht zu Protocoll giebt,

curatore geſtis eorumque ratihabitione. *Vitemb.* 1737. Cap. IV. §. 28.

2) *L.* 3. §. 1. *D. rem ratam haberi.* VOET h. t. §. 10. SCHORCH cit. Diſſert. §. 19.

giebt, daß er den Herrn Cajus in ſeiner Proceßſache wider den Titius zu ſeinem Sachwalter beſtellt habe, und dieſer ſeine Einwilligung ebenfalls zu den Acten erklärt [3]). Es kann aber auch die Bevollmächtigung auſſergerichtlich vor einem Notar und zwey Zeugen geſchehen, worüber jedoch ein förmliches Inſtrument errichtet werden muß [4]). Bey den Römern pflegte auch eine Parthey der andern die geſchehene Bevollmächtigung ihres Sachwalters durch ein an ſie erlaſſenes Schreiben zu melden, welches dann die Folge hatte, daß eine weitere Sicherheitsbeſtellung wegen der Genehmigung nicht nöthig war [5]). Schriftlich geſchieht die Bevollmächtigung durch Ausfertigung einer förmlichen Vollmacht, oder durch Ausſtellung eines bloſen Blanquets. Letzteres muß der Gewaltgeber entweder ſelbſt ſchreiben, oder doch unterſchreiben, und ſo einrichten, daß die Abſicht des Auftrags hinreichend daraus erſichtlich iſt [6]). Ein ſolches Blanquet iſt jedoch zur vollkommenen Legitimation des Sachwalters nicht hinreichend, woſern es nicht noch behörig ausgefüllt, oder wegen Beybringung einer ordentlichen Vollmacht, Caution geleiſtet wird [7]). Eine förmlich ausgefer-

3) Dapp §. 242. folgg.

4) Dapp §. 247. folgg.

5) *L. 65. D. h. t.*

6) Z. B. Blanquet zur Vollmacht in Sachen meiner wider *N. N.* ein Darlehn betreffend, an meinen Sachwalter *N N.* bey dem hochlöbl. Stadtgericht zu *N.* Erlangen den 27. Dec. 1797.

Titius.

7) STRYK Introd. ad praxin for. Cap. X. §. 10. *Nic. Chriſtph. de* LYNCKER de formis procuratoriis Cap. V. §. 1. CARPZOV P. I. Conſt. I. definit 28. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap II. gen.

gefertigte Vollmacht muß folgende Beſtandtheile enthalten, 1) den Namen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, ingleichen den Aufenthaltsort des Gewaltgebers, und wenn ein Vormund einen Actor beſtellt, auch den Namen des Pflegbefohlnen. Wenn hingegen ein Minderjähriger den Sachwalter beſtellt hat, ſo muß der Name des Vormundes beygefügt werden [8]). 2) Den Gegenſtand des Rechtsſtreits, 3) das Gericht, wo derſelbe geführt wird, 4) den Namen des Gegentheils, nebſt ſeinem Stand, Amt oder Gewerbe, auch ſeinem Aufenthaltsorte. 5) Den Namen, auch Stand, Amt und Aufenthaltsort des beſtellten Sachwalters. 6) Die Beſtimmung der ihm ertheilten Gewalt; auch Genehmigung des bisher verhandelten, wenn der Sachwalter nicht gleich Anfangs eine Vollmacht beygebracht hat. 7) Der Tag, Monat und Jahr. 8) Die Unterſchrift des Gewaltgebers [9]), und, wenn derſelbe bey der Beſtellung des Sachwalters an die Einwilligung eines Andern gebunden war, ſo iſt auch deſſen Unterſchrift erforderlich, z. B. des Vormundes eines

noch

gen. 22. not.***. de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 202. Eſtors Anfangsgründe des gem. und Reichsproceſſes 2. Th. §. 25. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 85. S. 358. Seyfarts teutſcher Reichsproceß Kap. V. §. 6. Danz §. 133. Not. *** S. 228.

8) Dapp §. 253.

9) Wenn der Gewaltgeber nicht ſchreiben kann, ſo iſt es genug, wenn er ſtatt der Namensunterſchrift in Gegenwart eines Notarius oder einer Gerichtsperſon oder eines oder zweyer Zeugen drey Creutze macht, deren Aechtheit jedoch von den anweſenden Perſonen glaubhaft beſcheiniget werden muß. Dapp §. 258.

noch minderjährigen Conſtituenten [10]). Eine Unterſiegelung der Vollmacht iſt jedoch nach gemeinen Rechten eben ſo wenig, als die Unterſchrift des Sachwalters nöthig [11]). Allein daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet ſeyn müſſe, verordnen nicht nur die teutſchen Reichsgeſetze ausdrücklich [12]), ſondern es iſt dieſes auch dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß [13]).

§. 401.

10) Dapp §. 257. Eben dieſes wird auch bey Frauensperſonen in ſolchen Ländern erfordert, wo die Geſchlechtscuratel eingeführt iſt. Hier müſſen die von Frauensperſonen ausgeſtellten Vollmachten neben ihrer Unterſchrift auch mit der Unterſchrift ihres Curators, verſehen ſeyn. Dapp §. 258. Not. c.

11) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 41. §. 3. Danz §. 133. Not. *).

12) Jüngſt Reichsabſch. §. 99. Nach dem Röm. Rechte iſt iſt es nicht nöthig, daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet wird. Denn da der Sachwalter durch die Litisconteſtation das Eigenthum des Rechtsſtreits erlangt hatte, ſo hörte der gerichtliche Auftrag durch den Tod des Gewaltgebers nicht auf, ſondern der Sachwalter konnte den Rechtsſtreit auch nach dem Tode ſeines Gewaltgebers fortſetzen, und auch das Urtheil auf ihn geſtellet werden. Dapp §. 270—271. Allein da dieſe Wirkungen des dominii litis heut zu Tage nicht mehr ſtatt finden, ſo erlöſcht die Vollmacht durch den Tod des Gewaltgebers. Die Erben deſſelben müßten alſo eigentlich zur Wiederannahme des Rechtsſtreits vorgeladen werden, um ſich zu erklären, ob ſie den Proceß fortſetzen wollten. Weil nun aber dergleichen Ladungen ad reaſſumendam litem zu nicht geringer Verzögerung der Proceſſe gereichten, ſo wurde deßwegen in den jüngſten Reichsabſchiede verordnet, daß die Vollmachten zugleich auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet werden ſollen. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 29. de LYNCKER de formis procuratoriis Cap. II. §. 7. et 8.

13) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap. II. gen §. 24. Claproths Einleitung 1. Th. §. 85. nr. 1. S. 355. Danz §. 135.

§. 401.

Allgemeine und beſondere Vollmacht. Gewalt eines Sachwalters cum libera.

Die Vollmacht eines gerichtlichen Sachwalters kann nun nach dem Unterſchiede ihres Inhalts entweder eine General- oder Specialvollmacht ſeyn. Der Unterſchied zwiſchen einer allgemeinen und beſondern Vollmacht iſt auf mehr als eine Art zu erklären [14]). Sieht man auf den Gegenſtand, das iſt auf die zu betreibenden Rechtsſachen, ſo wird diejenige Vollmacht, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, ſowohl gegenwärtige, als künftige Rechtshändel gerichtet iſt, eine allgemeine [15]), diejenige hingegen, welche nur auf einen ein-

14) Von dieſer Eintheilung handelt ſehr ausführlich *Rud. Chriſt.* HENNE in Diſſ. ſiſt. ſelecta quaedam de procuratoribus capita §. 3—8. Man ſehe auch Nettelbladts Verſuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 119.

15) Von einem ſolchen mandato generali exercendarum litium iſt die *L. 60. D. h. t.* zu verſtehen, wie *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 27. (*Oper.* T. I. pag. 559.) zeigt. Man vermiſche damit nicht eine ſolche Generalvollmacht, die auf alle und jede ſowohl gerichtliche als auſſergerichtliche Geſchäfte geht. (§. 387. nr. IV.) Ein ſolcher Procurator univerſalis kann für ſeinen Principal Gelder in Empfang nehmen, Zahlung leiſten, vertauſchen, Vergleiche ſchließen, dem Gegner deſſelben den Eid deferiren, Novation eingehen, und andere dergleichen Handlungen vornehmen, wozu ſonſt eine beſondere Vollmacht erfordert wird, nämlich wenn ſolches der Nutzen des Eigenthümers, oder die Natur des ertheilten Auftrags mit ſich bringt. *L. 58. et 59. D. h. t. L. 12. D. de pactis. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 20. §. 1. D. de novat. L. 87. D. de ſolut.*

einzelnen Rechtsſtreit gehet, eine beſondere Vollmacht genennt [16]). In dieſer erſtern Bedeutung fallen nun freylich bey einer Generalvollmacht manche derjenigen Beſtandtheile weg, welche nach dem Inhalt des vorigen Paragraphen zu einer ſchriftlichen Specialvollmacht erfordert werden, nämlich die Nummern 2. 3. 4. und 6. Sodann wird eine allgemeine Vollmacht auch diejenige genennt, welche zwar nur zur Führung einer einzelnen, aber doch zu einer ganzen Rechtsſache, und alſo nicht bloß zu dieſer, oder jener Handlung in derſelben, iſt ausgeſtellet worden; dahingegen unter einer beſondern Vollmacht diejenige verſtanden wird, welche bloß zu einzelnen Handlungen in einer ſtreitigen Rechtsſache gegeben worden iſt [17]). In dieſer Bedeutung kann alſo ein Procurator eine allgemeine Vollmacht haben, wenn er zu einer einzelnen ganzen Rechtsſache beſtellet iſt, welcher in jener erſtern Bedeutung nur eine beſondere Vollmacht hat. Ich bemerke hierbey, daß es zwar nach dem römiſchen und canoniſchen Rechte von

NOODT c. l. *Io.* VAUDUS in var. quaeſtion. iur. civ. Lib. I. Qu. 47. und VINNIUS in ſelect. iur. quaeſtion. lib. I. cap. 9. Dieſe Macht hat hingegen kein Procurator generalis in der oben angegebenen Bedeutung, wie *L.* 60. *cit. h. t.* lehrt.

16) In dieſer Bedeutung verordnet der Jüngſt. Reichsabſch. §. 101. daß die an den höchſten Reichsgerichten zu übergebende Vollmachten allgemein, und auf alle und jede Rechtsſachen des Gewaltgebers geſtellet ſeyn, und keine procuratoria ſpecialia angenommen werden ſollen. Dapp §. 283. folgg.

17) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 716. In den Geſetzen wird ein ſolcher Procurator ad unam ſpeciem conſtitutus genennt, welcher blos zu einer einzelnen Handlung bevollmächtiget worden. *L.* 10. *C. h. t.* *L.* 8. *C. qui pet. tutor.*

von dem freyen Willen der Partheyen abhängt, ob ſie zu einer einzelnen ganzen Rechtsſache, oder nur zu einzelnen proceſſualiſchen Handlungen in derſelben, oder überhaupt zu allen ihren ſowohl gegenwärtigen als zukünftigen Rechtsſachen einen Sachwalter beſtellen wollen [18]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird ein Procurator, der nur zu einer einzelnen proceſſualiſchen Handlung bevollmächtiget worden, in der Regel nicht zugelaſſen, ſondern er muß zur ganzen Rechtsſache beſtellet ſeyn [19]), wofern nicht etwa von ſolchen Handlungen die Rede iſt, welche ihrer Natur nach einen beſondern Auftrag erfordern. Daher wird in der Praxis eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genennt, welche auf ſolche Handlungen gerichtet iſt, die ohne einen beſondern Auftrag des Gewaltgebers von einem Sachwalter nicht unternommen werden können [20]). Welche Handlungen nun von der Art ſind, daß ſie einen beſondern Auftrag erfordern, iſt in den Geſetze nicht deutlich beſtimmt, ſondern es werden nur hier und da einige Fälle angeführt, und dabey bemerkt, daß in denſelben eine auf die ganze Rechtsſache geſtellte Vollmacht nicht hinreiche, ſondern hierzu eine beſondere Auftragsertheilung erfordert werde [21]). Es haben indeſſen die Rechtsge-

18) *L.* 1. §. 1. *L.* 3. *L.* 40. *pr. D. h. t. L.* 63. *D. eod. L.* 17. §. *fin. D. de iureiur. Cap. pen. X. h. t.* Dapp §. 284.

19) K. R. Kammergerichtsordn. 3. Th. 12. Tit. §. 9. HENNE cit. Diſſ. §. 8. Eſtors Anfangsgründe des gem. und Reichsproceſſes 1. Th. §. 48. nr. I.

20) HENNE cit. Diſſ. §. 5.

21) *L.* 60. *et* 63. *D. h. t.* L. 25. §. 1. *et L.* 26. *D. de minor. L.* 17. §. 3. *L.* 13. *et* 10. *D. de iureiur. L.* 65. §. 7. *D. pro ſocio. Cap.* 9. *X. de arbitris.*

lehrten hieraus die Regel abgezogen, daß bey allen Handlungen, welche von Wichtigkeit ſind, und dem Gewaltgeber groſſen Nachtheil bringen können, eine allgemeine Vollmacht nicht hinreichend ſey, ſondern der Sachwalter, wenn er ſolche vornehmen wolle, ſich mit einer beſondern Vollmacht legitimiren müſſe [22]). Da es jedoch Handlungen im Proceß giebt, welche von nachtheiligen Folgen für den Principal ſeyn können, und welche dennoch keinen beſondern Auftrag erfordern, z. B. die Litiscontestation, Antwort auf Poſitionen oder Satzſtücke [23]) u. d. ſo iſt jene Regel noch näher dahin zu beſtimmen, daß Handlungen, welche von groſſem Präjudiz ſind, nur in ſofern einen beſondern Auftrag erfordern, als es ſich aus der Natur des ertheilten Auftrags nicht ſchon von ſelbſt verſteht, daß derſelbe auch auf ſolche einzelne Handlungen mit gehe [24]). Zu den gerichtlichen

22) *Mich. Henr.* GRIEBNER Diſſ. de Mandato ſpeciali et actibus, qui ſine eo a procuratore in iudicio peragi nequeunt. *Vittemb.* 1712. (in *Opuſcul. Halae* 1722. 4. T. V. pag. 162. ſqq.) *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iure eccleſ. Proteſtant. Tom. I. Lib. I. Tit. 38. §. 10. WERNHER Obſervat. for. T. I. Part. V. Obſ. 105. Eſtors Anfangsgründe 1. Th. §. 50. und beſonders Dapp §. 515. u. 516.

23) Verſchiedene Rechtsgelehrten wollen zwar auch zur Einlaſſung auf die Klage einen beſondern Auftrag erfordern; man ſehe Dapp §. 519—521. Allein mit dem Gerichtsgebrauche ſtimmt dieſes nicht überein. S. CARPZOV in Proceſſu Tit. V. Art. 2. nr. 50. *de* LYNCKER Tr. de formis procuratoriis. Cap. V. §. 28. und WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. X. Obſ. 483. Eſtors Anfangsgr. des gem. u. Reichsproceſſes 1. Th. §. 50. nr. II.

24) HENNE cit. Diſſ. §. 10. und Nettelbladt in dem Verſuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrſamkeit §. 119.

chen Handlungen, welche einen beſondern Auftrag erfordern, gehören nun z. B. die Schlieſſung eines Vergleichs, die Ernennung eines Schiedsrichters, die Entſagung eines ſchon anhängig gemachten Rechtsſtreits, Eideszuſchiebung, Annehmung oder Zurückſchiebung eines Eides, Erhebung der eingeklagten Gelder, und Quittirung über dieſelben, Geſuch um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, Recuſirung des Richters u. d. [25]) Man kann endlich auch noch die Vollmachten in Anſehung der dem Sachwalter verliehenen Gewalt in allgemeine und beſondere eintheilen. In dieſer Rückſicht heißt diejenige Vollmacht eine allgemeine, welche auf die Betreibung einer ſtreitigen Rechtsſache überhaupt gerichtet iſt, ohne daß gewiſſe einzelne bey deren Verhandlung vorkommende Geſchäfte darin benennt worden ſind; eine beſondere hingegen wird diejenige genennt, in welcher die Handlungen, die bey Führung der aufgetragenen gerichtlichen Rechtsſache vorzunehmen, beſonders beſtimmt und ausgedruckt ſind [26]). Erſtere kann wieder von zweyerley Art ſeyn, ſie enthält entweder die Clauſel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit zugleich freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieſer Sache zu verrichten, was ich ſelbſt, wenn ich zugegen wäre, verrichten würde, könnte, oder ſollte; oder ſie enthält dieſe Clauſel nicht. In dem erſten Falle nennt man eine ſolche Vollmacht ein *mandatum generale cum libera*, im letztern hingegen

25) BERGER Oecon. iuris. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 13. BOEHMER c. l. §. 10. LYNCKER cit. Tract. Cap. V. §. 20. et ſeqq. de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. und beſonders Dapp §. 517—538.

26) Nettelbladt a. a. O.

gen ein *mandatum generale ſimpliciter tale*[27]). Den Unterſchied zwiſchen dieſen beyden Arten der Bevollmächtigung ſetzt man gewöhnlich darin, daß derjenige, welcher ein mandatum generale cum libera erhalten, auch ſolche Handlungen zu unternehmen befugt ſey, wozu ſonſt ein mandatum ſpeciale erfordert wird; dahingegen ein ſolcher Sachwalter, der ein mandatum generale ohne die Clauſel: cum libera hat, diejenigen Handlungen, welche einen beſondern Auftrag erfordern, nicht verrichten dürfe[28]). Allein wenn gleich dieſer Unterſchied in dem päbſtlichen Rechte allerdings gegründet iſt, nach welchem ſogar ein Sachwalter, wenn er gleich nicht cum libera beſtellet iſt, dennoch in dem Falle, da in der Vollmacht einige derjenigen Handlungen, welche einen beſondern Auftrag erfordern, namhaft gemacht ſind, und die Clauſel: und dergleichen, beygeſetzt worden, auch andere Handlungen, die nicht ausgedruckt ſind, wenn ſie nämlich den ausdrücklich benannten gleich oder weniger wichtig ſind, gültig vornehmen kann[29]); ſo wird doch dieſe Verordnung des

27) HENNE cit. Diſſ. §. 3. et 5. Es kann jedoch auch ein mandatum ſpeciale eben ſowohl cum als ſine libera ſeyn, je nachdem dem Sachwalter zu einem ſolchen Geſchäfte, das an und für ſich eine beſondere Vollmacht erfordert, z. E. zur Schlieſſung eines Vergleichs, eine unumſchränkte Macht und Gewalt ertheilt worden, das aufgetragene Geſchäft nach ſeinem eigenen Gutbefinden zu Stande zu bringen, oder nicht. HENNE §. 7.

28) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 716. Dapp §. 265—268. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 136.

29) *Cap. 4. et 5. de procurat. in VI. Clem. 2. h. t.*

des päbſtlichen Rechts nach dem Zeugniß der bewährteſten practiſchen Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht mehr befolgt [30]); es nimmt vielmehr der Gerichtsgebrauch zur allgemeinen Regel an, daß die Clauſel: cum libera ſo wenig bey gerichtlichen als auſſergerichtlichen Bevollmächtigungen den Mangel eines beſondern Auftrags in den Fällen erſetzen könne, da ſolcher gleichwohl an ſich und nach der Beſchaffenheit des Geſchäfts nöthig war [31]). Uebrigens werden bey einer unbeſtimmten Generalvollmacht die Grenzen derſelben theils durch den Nutzen des Gewaltgebers, theils durch die Natur des ertheilten Auftrags beſtimmt, ſo wie im Gegentheil bey einer Specialvollmacht die Grenzen dem Sachwalter vorgezeichnet ſind, die er, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht überſchreiten darf [32]), wofern nicht etwa von ſolchen Handlungen die Rede iſt, die unter den ausdrücklich benannten begriffen, oder mit denſelben nothwendig verbunden ſind, als welche für ſtillſchweigend aufgetragen allerdings zu halten ſind [33]).

30) BOEHMER in iure eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. 38. §. 3. BERGER Electa Diſcept. for. pag. 253. HENNE cit. Diſſ. §. 8.

31) STRYCK de cautelis contractuum Sect. II. Cap. XI. §. 4. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 216. LUDOVICI Uſ. pract. Diſtinction. iurid. h. t. Diſt. 5. *de* LYNCKER de formis procuratoriis Cap. V. §. 41. Eſtors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsproceſſes 1. Th. §. 49. nr. 1. und beſonders Quiſtorps Abh. ob ein ſogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati ſpecialis habe? in Deſſelben Beyträgen zur Erläuterung verſchied. Rechtsmaterien. 2. St. Nr. XI. oder nach der neuern Ausgabe Nr. XXVII.

32) L. 10. *C. h. t.* L. 49. *D. eod.*

33) LAUTERBACH in collegio Pandectarum h. t. §. 60. GRIEBNER Diſſ. de mandato ſpeciali §. 21. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8.

§. 402.

Pflichten eines gerichtlichen Sachwalters.

Zu den Pflichten eines Sachwalters, welcher nämlich zum Nutzen des Gewaltgebers beſtellet worden, gehört 1) daß er das ihm aufgetragene Geſchäft in eigener Perſon vor Gericht beſorge. Denn ſchon nach der Natur des Bevollmächtigungscontracts muß dem Gewaltgeber immer ſehr viel daran gelegen ſeyn, daß ſeine Sache keinem andern überlaſſen werde, als auf welchen er ſelbſt ſein Zutrauen geſetzt hat. Ein Sachwalter iſt daher ordentlicherweiſe zur Ernennung eines Subſtituten oder Afteranwalds nicht befugt, wofern ihm dieſes Recht von ſeinem Principal nicht ausdrücklich eingeräumt worden iſt. Nach dem römiſchen Rechte kann zwar ein jeder Sachwalter nach der Litisconteſtation einen Afteranwald beſtellen, ohne daß es einer beſondern Einwilligung des Principals bedarf [34]); und eben dieſes hat auch das canoniſche Recht beſtätiget [35]). Allein da der Grund hiervon unſtreitig in dem durch die Litisconteſtation erlangten Eigenthume des Rechtsſtreits liegt, deſſen Wirkungen heutiges Tages wegfallen; (§. 390. S. 244) ſo läßt ſich von jenen Vorſchriften des römiſchen und päbſtlichen Rechts um ſo weniger ein heutiger Gebrauch machen, da der jüngſte Reichsabſchied vom Jahr 1654. §. 100. ausdrücklich verordnet, daß die Partheyen ſchuldig ſeyn ſollen, gleich zu Eingang des Rechtsſtreites dem Procurator einen Subſtituten auf den Fall beyzuordnen, da jener mit Tode abgehen, oder ſonſt an der Fortſetzung der Sache gehindert werden ſollte; wodurch alſo die vorhin erwähnte Wirkung des dominii litis insbeſon-

34) *L. 11 et 23. C. h. t. L. 4. §. 5. D. de appellat.*

35) *Cap. 1. h. t. in Vlto.*

ſondere aufgehoben worden iſt [36]). Ein Sachwalter muß ferner bey der Beſorgung des ihm aufgetragenen Geſchäfts den möglichſten Fleiß und Sorgfalt anwenden, und daher allen durch ſein Verſchulden zugefügten Schaden erſetzen [37]. Nicht minder iſt es Pflicht des Sachwalters das übernommene Geſchäft, ſo weit deſſelben Auftrag reicht, zu Stande zu bringen; er darf daher vor Beendigung der Sache ohne rechtmäſſige Urſache nicht abgehen, ſofern dergleichen unzeitige Renunciation dem Gewaltgeber zum Nachtheil gereichen würde [38]). Er muß überhaupt die Pflichten eines redlichen Mannes nie auſſer Augen ſetzen.

§. 403.

Von den mancherley Clauſeln einer Vollmacht.

Man pflegt die Vollmachten mit mancherley Clauſeln anzufüllen, welche man ganz füglich in die nothwendi-

36) BOEHMER in iure eccleſ. Proteſtant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII §. 50. HENNE ſelect. de procuratoribus cap. §. 13. — 15. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 86 nr. VII. S. 365. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes. §. 135. Not. a. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten indeſſen, daß das geſetzliche Subſtitutionsrecht dem Sachwalter auch noch h. z. T. nach der Litiscontestation zuſtehe. LAUTERBACH in Diſſ. de procuratore ſubſtituto. Cap. III. §. 10. STRYCK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 39. *de* LUDOLFF Obſervat. for. P. II. Obſ. 223. nr. 6. pag. 655. Dapp §. 68. ff. u. a. m.

37) *L.* 13 u. 21. *C. mandati.* PESTEL Diſſ illuſtr. varias controv. circa materiam de procuratoribus. *Rintelii* 1743. §. 10.

38) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VI. Obſ. 345. MEVIUS Tom I. P. IV. Deciſ. 248. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 60. in fin.

gen, nützlichen, und überflüſſigen eintheilen kann[39]. Zu den Clauſeln der erſten Art, welche von den Geſetzen aus gewiſſen zweckmäſſigen Gründen als nothwendig vorgeſchrieben ſind, gehören folgende: 1) die *clauſula ſubſtituendi*, wodurch dem Sachwalter die Befugniß ertheilet wird, einen Afteranwald zu beſtellen. 2) Die *clauſula heredum*, wodurch die Vollmacht zugleich auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet wird. Zu den Clauſeln der andern Art gehört 1) die *clauſula hypothecae bonorum*, wodurch dem Sachwalter wegen der ihm gebührenden Schadloshaltung ein Unterpfandsrecht auf dem Vermögen des Gewaltgebers ertheilet wird. 2) Die *clauſula cum libera*, wodurch dem Sachwalter freye Macht und Gewalt gegeben wird, alles zu thun, was der Gewaltgeber ſelbſt, wenn er gegenwärtig wäre, verrichten würde. Denn ſo wenig auch ein mandatum generale cum libera der Regel nach den Mangel eines beſondern Auftrags erſetzt, (§. 401.) ſo nützlich iſt im Gegentheil dieſe Clauſel bey einer Specialvollmacht, weil derjenige, der unter dieſer Clauſel einen beſondern Auftrag zur Schlieſſung eines gewiſſen Vergleichs, oder eines andern Geſchäfts erhalten hat, mit Grunde nicht befürchten darf, daß ihm in Anſehung der Art und Weiſe Streit gemacht werden könne, indem von demjenigen, welcher zu Geſchäften, wozu der Regel nach eine genaue und beſtimmte Vollmacht erfordert wird, ſeinem Anwald unumſchränkte Macht und Gewalt ertheilt, nicht anders zu vermuthen iſt, als daß er bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geſchäfts alles ſeinem Gutbefinden habe

39) S. Chriſt. Gottl. Gmelins Vorrede zu Dapps Verſuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß.

habe überlaſſen wollen [40]). Endlich zu den ganz überflüſſigen Clauſeln der Vollmachten gehören 1) die Eidesclauſel, weil der Bevollmächtigungscontract ſchon durch die bloſe Einwilligung verbindlich wird, und weſentliche Mängel dadurch nicht geheilet werden können. 2) Die Clauſel *rati, grati et indemnitatis*, daß der Gewaltgeber die Handlungen ſeines Sachwalters genehmigen, und denſelben ſchadlos halten wolle. Denn es liegt ſchon in der Natur des gegebenen Auftrags, daß der Gewaltgeber alles, was dem Auftrag gemäß in ſeinem Namen gehandelt worden, als von ihm ſelbſt geſchehen anerkennen, auch den Anwald wegen aller durch den Auftrag gehabten Koſten entſchädigen muß, und im Gegentheil, was ohne oder wider ſeinen Auftrag geſchehen iſt, ihn nie verbinden könne, auch wenn jene Clauſel in der Vollmacht ſteht. 3) Die Clauſel: alles getreulich und ohne Gefährde. Dies verſteht ſich von ſelbſt. Endlich 4) die Clauſel: ſollte auch meinem Anwald eine mehrere Gewalt, als hierin ausdrücklich begriffen, vonnöthen ſeyn, will ich ihm ſolche, gleich als ob er hierdurch dazu in ſpecie cum libera bevollmächtiget wäre, gegeben und mitgetheilt haben. Denn dieſer Clauſel ungeachtet muß der Sachwalter doch, wenn er Handlungen, wozu ein beſonderer Auftrag erfordert wird, vornehmen will, ſich beſonders bevollmächtigen laſſen [41]).

§. 404.

40) Quiſtorps Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 2. St. Nr. XI. S. 187. u. folg.

41) BOEHMER in iure eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 3. in fin. Dapp §. 261. und Danz Grdſ. des bürgerl. Proceſſes §. 134. am Ende.

§. 404.

Wirkungen einer mangelhaften und muthmaslichen Vollmacht.

Iſt eine Vollmacht mangelhaft, ſo kommt es darauf an, ob weſentliche Beſtandtheile derſelben fehlen, z. B. die Unterſchrift des Gewaltgebers, oder desjenigen, ohne deſſen Einwilligung er Vollmacht zu ertheilen nicht berechtiget war; (§. 400.) oder der Mangel greift in das Weſentliche der Vollmacht nicht ein, ſondern betrift nur ſolche Erforderniſſe, und Clauſeln, durch deren Unterlaſſung zwar der Gewißheit des ertheilten Auftrags nichts entgeht, welche aber doch aus guten Gründen in den Geſetzen vorgeſchrieben ſind, z. B. die clauſula heredum und ſubſtituendi. In dem erſtern Falle kann einem ſolchen weſentlichen Mangel der Vollmacht durch keine Caution de rato abgeholfen werden, ſondern der Richter muß den angeblichen Sachwalter von Amtswegen abweiſen, und kann ihn nicht eher zulaſſen, als bis dem Fehler auf eine ſolche Art abgeholfen worden iſt, daß der Richter von der Gewißheit des gegebenen Auftrags ſich vollkommen überzeugen kann. Es kann auch ein ſolcher Mangel, weil er eine Nichtigkeit in Anſehung des ganzen proceſſualiſchen Verfahrens nach ſich zieht, von der Gegenparthey zu aller Zeit, und in jedem Theile des Proceſſes in Anregung gebracht werden [42]). In dem letztern Falle hingegen muß zwar ſowohl der Richter von Amtswegen, als auch der Gegner Rückſicht darauf nehmen, ſo lange noch der Fall eintreten kann, daß jene Clauſeln von Nutzen ſind [43]); allein die dem

42) Gmelins Vorrede zu Dapps Verſuch über die Legitimation zum Proceß. S. 21—23. Danz §. 137.

43) Man ſehe Gmelins Vorrede zu Dapps angef. Verſuch S. 19.

dem Gegentheile wegen ſolcher auſſerweſentlichen Fehler zuſtehende Einrede findet nach der Regel, die bey allen dilatoriſchen Einreden gilt, nur vor der Litiscontestation ſtatt 44), und dann entſteht auch aus deren Unterlaſſung nie eine unheilbare Nichtigkeit 45).

Soviel hingegen die Wirkung einer vermutheten Vollmacht anbetrift, ſo wird nun 1) ein vermutheter Sachwalter anders nicht zugelaſſen, als wenn er die erforderliche Sicherheit beſtellt. Dieſe beſteht a) in dem Falle, da der vermuthete Sachwalter für die klagende Parthey handelt, in der cautione rati oder derjenigen Sicherheit, daß der Kläger, in deſſen Namen er erſcheint, ſeine Verhandlungen genehmigen werde 46). Nach dem römiſchen Rechte kann zwar dieſe Caution nur vor der Einlaſſung auf die Klage gefordert werden 47); allein daß ſelbige nach der Meinung der meiſten practiſchen Rechtsgelehrten heutiges Tages auch noch nach der Litiscontestation verlangt, ja ſogar von richterlichen Amtswegen dem Sachwalter auferlegt werden könne, iſt ſchon an einem andern Orte 48) bemerkt worden. Die Wirkung dieſer Caution beſteht nun darin, daß der Sachwalter, wenn die Geneh-

44) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 85. S. 359.

45) Gmelins Vorrede S. 17.

46) *L.* 40. §. 3. *D. h. t. L.* 21. *C. eod.* Dapp von der Legitimation z. Proceß §. 475—505.

47) *L.* 40. §. 3. *D. cit.*

48) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 245. Not. 59. S. 387.

nehmigung nicht erfolgt, das Intereſſe leiſten muß[49]). Daher pflegt in Praxi der Richter gleich Anfangs eine gewiſſe Summe, ſtatt des Intereſſe, feſtzuſetzen, welches auch allerdings anzurathen iſt, damit am Ende nicht ein neuer Streit entſtehe[50]). Wenn hingegen b) der vermuthete Sachwalter für den Beklagten erſcheint, ſo muß er, wenn die Klage eine dingliche iſt, neben der Sicherheit wegen der Genehmigung, auch noch Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils beſtellen[51]); dahingegen, wenn die wider den Beklagten, für welchen der vermuthete Sachwalter handeln will, angeſtellte Klage eine blos perſönliche iſt, letzterer ordentlicherweiſe keine Sicherheit wegen der Genehmigung leiſten darf, ſondern es wird in dieſem Falle die Sicherheitsbeſtellung wegen Erfüllung des Urtheils für hinreichend gehalten[52]).

2) Be-

49) *L.* 13. *L.* 19. *D. rem rat. haberi.* HENNE Diſſ. de perſonis ex mandato praeſumto in iudiciis agentibus §. 23. WERNHER Obſ. for. T. I. P. I. Obſ. 147. Da ſich jedoch die Gewalt eines muthmaßlichen Sachwalters nicht auf ſolche Handlungen erſtreckt, welche einen beſondern Auftrag erfordern, ſo kann auch derſelbe, einer ſolchen Handlung wegen, nicht auf das Intereſſe belangt werden; WERNHER Obſerv. for. T. II. P. VI. Obſ. 359. es wäre denn, daß er deßhalb eine beſondere cautionem de rato geleiſtet hätte. *L.* 26. *pr. D. de minor. L.* 5. §. 18. *D. de novi oper. nunciat. L.* 1. *C. h. t.* RIVINUS in Enunciat. iur. Tit. VII. En. 16. und HENNE in Diſſ. ſelecta quaed. de procuratoribus capita cont. §. 12.

50) HENNE cit. Diſſ. §. 24. Danz Grdſ. des gemeinen bürgerl. Proceſſes §. 137. am Ende.

51) *L.* 40. §. 2. *L.* 46. *D. h. t. L.* 53. *D. eod. L. un. C. de ſatisdat.*

52) *L.* 45. *§. fin. D. h. t.* Dapp §. 505—507. Danz Grdſ. des gem. bürgerl. Proceſſes §. 143.

2) Behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrte [53]), daß eine muthmasliche Vollmacht blos die Wirkung habe, daß ein ſolcher vermutheter Sachwalter im Anfange des Rechtsſtreits zugelaſſen werde, bey der weitern Fortſetzung der gerichtlichen Handlungen aber doch noch eine wahre Vollmacht beybringen müſſe, worin zugleich das bisher verhandelte genehmiget wird. Allein den römiſchen Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gemäß, nach welchen ein vermutheter Auftrag nicht nur im Anfange des Rechtsſtreits, ſondern auch in der Folge der proceſſualiſchen Verhandlungen wirkſam iſt, und nicht erſt noch durch Beybringung einer wahren Vollmacht bekräftiget werden darf [54]). Nur bey denjenigen, welche die zur Sache gehörigen Urkunden beſitzen, macht die Reichskammergerichtsordnung [55]) eine Ausnahme [56]). (§. 388. S 238.)

53) Hofmann teutſche Reichspraxis §. 203. Eſtor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes §. 2153. Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 84. Danz Grdſ. des gem. bürg. Proceßes §. 141.

54) *L.* 35. *pr. D. h. t. L.* 40. *§.* 4. *D. eod. L.* 12. *C. h. t.*

55) 1. Th. Tit. 21. §. 2.

56) Dapp §. 450.

Berichtigungen und Zuſätze.

S. 9. §. 347. Z. 1. iſt ſtatt das vielmehr daß zu ſetzen.

S. 91. ſind der Not. 45. noch beyzufügen: Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſche Juriſtenfacultät 2. Band Nr. XXXI. S. 355.

S. 96. Z. 9. iſt ſtatt zur Zeit der Theilung zu leſen: zur Zeit des Todes ihrer Mutter.

S. 172. Not. 69. iſt beyzufügen: *Nic. Fern. de* CASTRO Praelect ſolemn. ad L. un. Cod. de gladiatoribus penitus toll. (in *Theſ. Meermann.* T. 2. p. 369. ſeqq.).

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von / Mühlenbruch, Christian Friedrich / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 5,1

Erlangen 1798

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(5#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439025-8
VD18 80468128-001